

UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO



**Andrea de Almeida Quintela da Silva**

A AUTONOMIA DO ABUSO DO DIREITO

**Lisboa  
Maio/2018**

UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO



**Andrea de Almeida Quintela da Silva**

A AUTONOMIA DO ABUSO DO DIREITO

Dissertação de Mestrado  
apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Lisboa  
como parte da exigência para  
obtenção do título de Mestre em  
Direito – Perfil Ciências Jurídicas.

Orientação: Professora Doutora  
Adelaide Meneses Leitão

**Lisboa**  
**Maio/2018**

Gostaria de dedicar este trabalho ao meu pai, Carlos Afonso Quintela da Silva, que infelizmente não teve tempo de conhecê-lo em sua forma final, diante da morte ocorrida de forma tão prematura. A ele dedico esta dissertação, pois sei do orgulho que sentia pela minha caminhada.

## Agradecimentos.

Agradeço ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que permitiu que eu realizasse este curso de Mestrado tão relevante para o meu aprimoramento profissional, sendo certo que o tema desta dissertação foi escolhido em virtude da sua importância para o trabalho da magistratura.

A oportunidade de realizar este Mestrado proporcionou-me uma das experiências mais ricas e transformadoras que vivi. Após mais de 20 anos de formatura, voltar aos bancos universitários, estudar, pesquisar, escrever e conviver com jovens cheios de ideias me encheu de alegria e gratidão.

RESUMO: O presente trabalho pretende defender a autonomia do ato abusivo perante o ato ilícito no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, percorre as noções históricas do instituto do abuso que remontam ao direito romano, demonstrando que neste tópico e em muitos outros a teoria é repleta de divergências doutrinárias, algumas de fundo e outras situadas apenas no campo da semântica. As transformações conceituais pelas quais passaram o direito subjetivo são parte do caminho percorrido, obrigatoriamente, pois a limitação das liberdades que estão expressas nas prerrogativas individuais ensejou um acirrado debate doutrinário. Esta disputa na doutrina se verificou desde aqueles que negavam a existência do próprio direito subjetivo, e, em consequência da teoria do abuso até o encontro da sua caracterização através da identificação dos valores contidos na norma jurídica. O conhecimento e o entendimento das balizas que devem ser respeitadas para o exercício das posições jurídicas, que foram eleitas pelo legislador brasileiro, consubstanciadas na boa-fé, nos bons costumes e no fim social e econômico do direito igualmente encontram-se apontadas no trabalho. A caracterização do ato abusivo conduz à ideia da sua autonomia com relação ao ato ilícito, bem como à culpa, pois que afastado o abuso da ideia de ilicitude formal. Nesta esteira, abre-se uma nova concepção para a antijuridicidade, na qual deve ser perquirido o fundamento axiológico-normativo da prerrogativa que está sendo exercida pelo titular. Como uma figura autônoma, o abuso se aplica a todos os ramos do direito e engloba todas as posições jurídicas, e não apenas o direito subjetivo. Defende-se o seu reconhecimento de ofício pelo magistrado, bem como consequências para além da responsabilidade civil. O Direito brasileiro recepcionou a teoria do abuso do direito, através do artigo 187 do Código Civil, com os contornos e sob critérios objetivos. O presente trabalho tece uma crítica à redação deste dispositivo legal. As normas e princípios constitucionais tornaram-se elementos de integração do ordenamento jurídico que indicam quais os limites axiológicos dos direitos. São, portanto, estes princípios jurídicos que expressam os valores fundamentais de uma sociedade e que orientam a busca por um padrão social que, se não garantida, esteja em constante busca pela promoção da convivência pacífica e harmoniosa na sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Privado – Direito Subjetivo – Abuso do Direito – Abusividade – Ilícitude - Boa-fé – Bons costumes – Fim social e econômico do direito.

ABSTRACT: This paper aims to defend the autonomy of the abusive exercise of rights vis-à-vis the illicit act in the Brazilian legal system. In order to do so, it traces the historical notions of the theory of abuse of rights which go back to Roman law, demonstrating that the legal literature on this issue as well as many others is full of divergences – some of substance while others merely semantic. The conceptual changes which subjective law has gone through over time are part of this journey as the limitation of the freedoms expressed in individual prerogatives has led to an intense debate among jurists. The divergence of opinions among jurists has always been a constant; from those who denied the existence of subjective law itself and as a consequence of the theory of abuse of rights, to the acceptance of its values by the legal norm. This paper also discusses the requisite awareness and understanding of the pillars established by the Brazilian legislators for the exercise of rights: good faith, common decency and the social and economic purposes of the law. The characterization of the abusive act leads to the idea of its autonomy in relation to the illicit act regardless of fault, given it has been removed from the idea of formal unlawfulness. Along these lines, it is possible to open a new concept for unlawfulness, in which the axiological and normative basis of the prerogative being exercised must be questioned. As an autonomous legal concept, abuse of rights applies to all branches of law and encompasses all legal positions, not only those under subjective law. This paper argues for its recognition by the magistrate ex-officio, including consequences beyond civil liability. Brazilian law has accepted the theory of abuse of rights, through article 187 of the Civil Code, setting out limits and objective criteria. This paper criticizes the wording of this legal provision. Constitutional norms and principles have become elements of integration of the legal system that establish axiological limits to the exercise of rights. Therefore, such legal principles express the fundamental values of a society and guide the search for a social standard that is constantly seeking at a minimum to promote, if not guarantee, peaceful and harmonious coexistence in society.

KEY-WORDS: Private law – Subjective law - Abuse of rights – Abusiveness – Unlawfulness - Good faith – Common decency – Social and economic purposes.



## **SUMÁRIO**

### **INTRODUÇÃO**

### **EVOLUÇÃO JUS-HISTÓRICA**

DIREITO ROMANO

CÓDIGOS CIVIS EUROPEUS

CÓDIGOS CIVIS SUL-AMERICANOS

### **O INSTITUTO DO ABUSO NO ATUAL DIREITO BRASILEIRO**

O ABUSO DO DIREITO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

OS LIMITES ELEITOS PELO LEGISLADOR BRASILEIRO EM 2002.

**Boa-fé**

**Fim econômico e social**

**Bons costumes**

AS CONSEQUÊNCIAS DO ABUSO DO DIREITO

### **A CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO**

O DIREITO SUBJETIVO NO DIREITO PRIVADO

SITUAÇÕES JURÍDICAS ABRANGIDAS PELO ABUSO DO DIREITO

A ILICITUDE CIVIL E O ABUSO DO DIREITO

4.3.1. O DISTANCIAMENTO ENTRE A ILICITUDE FORMAL E O ABUSO DO DIREITO

OS CRITÉRIOS FIXADORES DO CONCEITO DE ATO ABUSIVO

A DISTINÇÃO ENTRE O ABUSO DO DIREITO E OUTROS INSTITUTOS.

## **A AUTONOMIA DO ATO ABUSIVO PERANTE O ATO ILÍCITO**

### **AS TEORIAS SOBRE O ABUSO DO DIREITO**

#### **Teorias negativistas**

#### **Teorias afirmativas**

### **O ABUSO DO DIREITO E O ATENDIMENTO AOS VALORES CONSTITUCIONAIS**

#### **O RECONHECIMENTO *EX OFFICIO* DO ATO ABUSIVO**

#### **CONCLUSÃO**

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

**“Estes e outros exemplos que poderiam ser facilmente coligidos no mesmo sentido bastam para mostrar a extraordinária riqueza que, também nesse aspecto, reveste a figura do *abuso do direito*. Nela encontrarão assim os jovens investigadores brasileiros um tema digno de reflexão, seja pelo *terreno* em que se situa, no coração dos *direitos do homem*, seja pelos *valores essenciais* com que se defronta, no conflito entre o *arbítrio do cidadão* e os *valores éticos* da ordem jurídica, seja enfim pela delicadeza da *construção*, numa zona de luta aberta entre a *rigidez lógica* do positivismo e o idealismo sociológico das novas correntes do pensamento jurídico.” (VARELA, João de Matos Antunes. O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro*, Rio de Janeiro, v. 1, 1982, p. 59)**

## 1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento crescente das sociedades tem como uma de suas consequências a multiplicação das relações humanas interpessoais. É inevitável, nesta configuração, que sejam constatados conflitos entre os titulares dos direitos nas suas relações cotidianas. Tais conflitos são, em verdade, da essência da convivência em sociedade. A ciência jurídica existe para solucionar estas disputas e colocar fim àquelas que se instalam entre os particulares, sempre que eles forem incapazes de atingir uma solução que agregue os interesses postos em oposição.

Assim, a missão principal que tem o Direito é a de limitar o agir dos sujeitos e conciliar os seus mais diversos interesses. A tarefa, sabe-se, não é fácil.

E mais difícil fica para o direito positivo, quando se verifica que não é possível prever e positivar, de forma perfeita e exaustiva, todas as normas jurídicas que delimitariam o exercício dos direitos, simplesmente porque não é possível prever na norma todos os acontecimentos.

Em virtude desta incapacidade de antecipar todas as situações conflituosas é que se torna tão importante e elevado o trabalho da jurisprudência e da doutrina.

Neste cenário, a teoria do abuso do direito possui o papel de revelar, principalmente através do trabalho dos juízes, a falta de harmonia entre o direito positivo e as situações de fato vividas pelos titulares dos direitos, situações estas que vem se diversificando cada dia mais. Muitas vezes, a positivação pelo legislador ocorre após reiteradas decisões jurisprudenciais acerca de determinado tema, pacificando-se, deste modo, o atuar daqueles titulares em situação semelhante.

A teoria do abuso do direito é um tema complexo e que encerra discussões doutrinárias de conteúdo rico e diversificado.

O abuso do direito, como cláusula geral, possui grandiosa força argumentativa, sendo certo que a jurisprudência vem dela se valendo e utilizando-a nos mais diversos campos, desde o direito civil, para muito além do direito das obrigações, passando pelo direito de família, incluindo na sua aplicação às situações existenciais, como por exemplo o poder familiar. Esta

flexibilidade no uso da cláusula geral, no entanto, deve respeitar os limites do ordenamento jurídico e, sobretudo, não pode dispensar que os julgadores lhes preencham o conteúdo, informando quais os critérios utilizados para a sua respectiva concretização.

O presente trabalho tem início com a demonstração da evolução jus-histórica do instituto do abuso do direito, desde o Direito Romano, onde alguns doutrinadores reconhecem a presença de contornos do instituto do abuso do direito, embora não com o seu delineamento atual, seguindo com a demonstração da sua presença em algumas codificações europeias, e depois em códigos sul-americanos. Com isso, se poderá perceber como a teoria do abuso do direito está definida na legislação estrangeira, e se verá como o Brasil tardou a introduzir o instituto em sua legislação.

Segue-se com a apresentação do instituto do abuso do direito no Brasil. Foi o artigo 187 do Código Civil brasileiro, o responsável por trazer ao direito positivo a figura do abuso, porém de forma renovada, construída que fora ao longo dos anos e sob inúmeras divergências. Anteriormente, sob a égide do Código Civil de 1916, o abuso era interpretado a *contrario sensu* do dispositivo sobre a exclusão da ilicitude pelo exercício regular do direito, o que suprimia todo o valor do instituto.

Antes de 2002, o abuso era atrelado à responsabilidade civil e ao ato ilícito, bem como à intenção de prejudicar. Não se via no abuso do direito um instituto autônomo desligado da responsabilidade civil, sendo reconhecida a obrigação de indenizar como única consequência para aquele que fizesse uso irregular do seu direito. Com o advento do Código Civil de 2002, o abuso do direito apresentou-se objetivado, com a dispensa da configuração da culpa, afastando-se do conceito de ato ilícito ou da ilicitude formal.

Alguns autores, como Caio Mario da Silva Pereira, no entanto, ainda na vigência do antigo Código Civil, vislumbravam a necessidade de distanciamento do ato abusivo e do ato ilícito, expandindo os seus domínios para muito além da responsabilidade civil. Com este pensamento, anteviam a necessidade de objetivação da teoria do abuso, porque mais ligada à relatividade dos direitos subjetivos.

O presente trabalho aponta o que entende como falhas na redação do artigo 187 do Código Civil, embora reconheça que a força da sua

importância supera os problemas com a redação. O dispositivo legal é cláusula genérica que permite ao juiz a intervenção na autonomia privada, além de dar eficácia à aplicação de princípios constitucionais às relações privadas.

O estudo e a aplicação pelos Tribunais Superiores da teoria do abuso do direito podem ser divididos entre os períodos anterior e posterior à entrada em vigor do Código Civil de 2002.

O trabalho de pesquisa de jurisprudência foi desenvolvido junto ao Superior Tribunal de Justiça, Corte esta que, no Brasil, é a responsável por uniformizar a interpretação da lei federal no país, sendo de sua responsabilidade a solução definitiva dos casos civis que não envolvam matéria constitucional.

Foram apresentados julgados havidos antes e depois da vigência do Código Civil de 2002. Através da leitura de alguns votos e acórdãos percebe-se o uso do conceito de boa-fé com vagueza, aplicando-se justificativas genéricas. Este atuar enfraquece o princípio da boa-fé, bem como o instituto do abuso. Apenas o trabalho constante da doutrina e da jurisprudência serão capazes de demonstrar os contornos do instituto do abuso do direito, concretizando-o através do uso das balizas/limites inseridos no artigo 187 do Código Civil brasileiro, de forma a que restem bastante individualizados os conceitos ali presentes.

Estão, também, referidos os critérios fundadores do abuso, eleitos pelo legislador brasileiro como limitadores ao exercício dos direitos, quais sejam a boa-fé, o fim econômico e social e os bons costumes. Estes critérios se constituem em limite e medida para o exercício dos direitos subjetivos.

As consequências que o ordenamento jurídico prevê para o abuso do direito estão identificadas, bem como apartadas as noções de responsabilidade civil, culpa e abuso.

Independentemente da posição que determinado autor adote acerca do tema do abuso do direito, todos reconhecem a sua importância prática. E isto é assim porque é inegável que o instituto do abuso do direito resolve questões que são colocadas para julgamento nos Tribunais diariamente de forma bastante eficiente.

Partindo-se da premissa de que já não há mais discussão acerca da existência do abuso do direito, este trabalho tem a intenção de demonstrar o equívoco no entendimento de que o ato abusivo é sinônimo de ato ilícito ou que é uma espécie deste instituto jurídico.

A fim de caracterizar o instituto do abuso do direito, o presente estudo não poderia se furtar em analisar o desenvolvimento da noção e do conceito de direito subjetivo ao longo dos anos. As mudanças suportadas por esta prerrogativa é tema que importa de forma intrínseca à teoria do abuso do direito, bem como a perda do caráter absoluto do direito subjetivo, em prol de uma sociedade menos individualista.

Seguem-se as diferentes concepções do abuso do direito, passando pela própria negação do direito subjetivo e, em consequência, da teoria, e percorre-se um longo caminho até que cheguemos à valoração da finalidade dos direitos, ao estabelecimento do fundamento axiológico dos direitos. O instituto do abuso do direito é enfrentado de acordo com a evolução do direito subjetivo, bem como levando-se em consideração as modificações que lhes foram impostas. O trabalho responde, ainda, ao questionamento acerca de estar ou não o abuso do direito adstrito ao direito subjetivo. Ou se, ao contrário, outras posições jurídicas se submetem a ele.

O trabalho aborda, também, uma nova ilicitude criada pelo Código Civil de 2002, que revelou o descolamento entre o seu antigo conceito e o dever de indenizar. Para a caracterização do ato abusivo estão dispensados a culpa e o dano, o que possui consequência importante no sistema de imputação de danos.

A fim de identificar os contornos do abuso do direito, bem como para definir a sua posição enciclopédica, demonstramos a importância de distanciar o instituto da ilicitude formal, inserindo-o no conceito de antijuridicidade, para a qual não é necessária a violação à lei, podendo ocorrer na violação da finalidade da norma. Defende-se a existência de duas ilicitudes: formal e material.

Foi reconhecida a importância de se recorrer aos conceitos de estrutura e função, a fim de alcançarmos a definição do instituto do abuso e estabelecer os critérios que o identificam, bem como às balizas eleitas pelo legislador no texto legal.

Afastou-se do conceito de ato abusivo, outros institutos que lhes são falsamente similares, tais como a colisão de direitos e a fraude à lei.

Com base nesta construção, partimos para a tarefa de demonstrar a existência de autonomia entre o ato ilícito e o ato abusivo no ordenamento jurídico brasileiro. Abordamos as teorias que foram construídas ao longo dos anos, desde os romanos, embora ainda sem os contornos que o instituto adquiriu posteriormente. Desde o nascimento da teoria do abuso, é possível identificar a existência de muita divergência doutrinária. Algumas envolvem questões de fundo, outras nem tanto, revelando mera dissidência relativa à semântica. O conhecimento das teorias facilita o entendimento de toda a evolução do instituto do abuso do direito e, principalmente, da sua final configuração.

Doutrinadores da mais elevada estirpe e distinção posicionam-se contrariamente à autonomia que este trabalho procura defender. São, inclusive, a maioria. Enxergam o ato abusivo como sendo uma espécie do gênero ato ilícito. Apresentamos, então, opiniões de outros autores que, embora componham um coletivo minoritário, possuem fundamentos sólidos para amparar e justificar de forma científica ideia contrária.

Perquire-se, ainda, se o abuso pode ser enfrentado pelo juiz sem que haja provocação das partes. Seria o instituto do abuso do direito um preceito de ordem pública? E em sendo assim caracterizado, poderá o juiz brasileiro surpreender as partes no processo judicial e decidir, por exemplo, suprimindo o direito em debate?

Este trabalho não pretende que se utilize do instituto do abuso do direito como um substitutivo à norma positivada. Se houver regra para afastar determinada conduta, é ela quem deverá ser aplicada.

A evolução que fazemos para o estabelecimento de um Estado Social influencia diretamente os direitos, forçando um recuo no formalismo e avançando para a maior relativização dos direitos. Em razão destas ideias, o trabalho não poderia deixar de avaliar o peso que as normas constitucionais refletem no projeto de convivência que foi escolhido pela sociedade. Estas normas incidem sobre todas as relações e legitimam os atos que são praticados em sua conformidade.



Para a concretização da cláusula geral prevista no artigo 187 do Código Civil, devemos recorrer ao sistema de valores previstos na Constituição da República dando-lhes eficácia plena na aplicação às relações privadas. O abuso é, portanto, veículo para a aplicação da Constituição e revela o acolhimento do princípio da solidariedade que conforma a realidade social às normas jurídicas. O princípio constitucional da solidariedade vincula a todos: ao legislador e ao intérprete.

O que se pretende é agregar valor à ideia de que o abuso do direito é um instituto autônomo que se relaciona com o valor fundamental que o legislador escolheu para, ao fim e ao cabo, justificar a existência daquele direito.

A defesa da autonomia do abuso do direito perante o ato ilícito se suporta através da ligação intrínseca dos valores e princípios constitucionais com o exercício das diversas posições jurídicas e os respectivos limites axiológicos estabelecidos pelo legislador. O exercício das diferentes posições jurídicas deve ocorrer naquele espaço de liberdade que foi delineado pelo legislador com o objetivo de garantir que todos possam usufruir das suas próprias liberdades, através dos limites dados pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo fim econômico e social.

O presente trabalho pretende jogar luz para uma nova leitura do artigo 187 do Código Civil brasileiro pretendendo o reconhecimento da autonomia do abuso do direito em relação ao ato ilícito, seja pelas diferenças entre os seus respectivos conceitos, seja pelas consequências, seja pelas formas como se concretizam.

## 2 EVOLUÇÃO JUS-HISTÓRICA

### 2.1 DIREITO ROMANO

O instituto do abuso do direito é repleto de discussões acerca de quase todos os seus elementos. No entanto, parece-me que quanto à sua origem não há controvérsia: a teoria nasceu nos Tribunais. É eminentemente pretoriana.

A necessidade de estabelecer se determinado exercício de direito subjetivo era ou não lícito fez aparecer e se desenvolver a teoria do abuso.

Alguma parte da doutrina enxerga os contornos do abuso do direito no direito romano, em textos do Digesto.

A mesma doutrina reconhece que o direito romano apresentou textos contraditórios, uns afirmando a existência do caráter absoluto do direito e outros demonstrando a consagração de princípios atinentes à uma postura mais moderna, ligada à relatividade destes mesmos direitos. São citados em Gaio e Ulpiano, por exemplo, os textos “Nullus videtur dolo facere qui iure utitur” e “Quia dolo malo non videtur habere, sui suo iure utitur”.<sup>1</sup>

Levando-se em conta a época na qual os textos foram criados, não é demais pensar e afirmar que as posições refletem presunções absolutas de que o direito subjetivo individual poderia ser exercido na forma como pretendida pelo seu titular, sem qualquer freio ou limitação.

Ambos os textos denotam a possibilidade de um atuar livre e soberano: desde que o sujeito seja titular de um direito fica livre para atuar, para agir da maneira que melhor lhe aprouver.

Ao lado destes textos, a doutrina que confirma existir no direito romano indícios da teoria do abuso do direito identifica na *aemulatio* certa contenção ao exercício do direito.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Tradução livre: para o primeiro texto, significando julga-se não proceder com dolo quem usa do seu direito e para o segundo texto, de Ulpiano, não se vê má intenção naquele que usa do seu direito.

<sup>2</sup> LIMA, Alvino. Abuso de Direito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 166, ano 53, p. 27, jun./ago. 1956: o autor aponta textos de CELSO (“neque malitiis indusgendum est, si tectorium puta, quod induxerit picturasque corradere velis nihil laturus nisi ut officias”) e ULPIANO (“... est same non debet habere: si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit”). Também MENDES, João de Castro. *Direito Civil - Teoria Geral*, lições de 1972-1973, com a colaboração de Armindo Ribeiro Mendes. Ed. Polic., 1979, p.104, v.2.

De fato, a *aemulatio*, a *exceptio doli* e a *regulação dos direitos de vizinhança* eram vertentes nas quais surgiu a ideia de abuso.<sup>3</sup>

A teoria da *aemulatio* condenava o ato praticado pelo sujeito, titular do direito subjetivo, sempre que o ato não trouxesse para ele qualquer vantagem e causasse prejuízo, dano, lesão a um terceiro.

San Tiago Dantas destaca um exemplo fundamental de ato emulativo vindo de Pistoia, uma província na Toscana, que, ao responder uma consulta relativa a uma pessoa que abriu uma janela com o único objetivo de olhar para o interior de um convento, afirmou que *malitia nos est indulgenta*: existia apenas curiosidade e nada mais.<sup>4</sup>

Também quanto à origem da teoria da *aemulatio* não há consenso doutrinário. Controvertem-se os autores daquela época acerca da efetiva existência da proibição de atuação para prejudicar outrem, ante a inexistência de conflito de direitos, pois, segundo entendiam, estes eram absolutos.<sup>5</sup>

Apesar de contraditório, pode-se dizer que aqueles que reconheciam a presença no direito romano de textos que indicavam alguma repreensão ao ato abusivo e ao ato emulativo, por outro lado, também se afinavam com a afirmação de ausência de um princípio geral proibitivo que limitasse o caráter absoluto dos direitos.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Com a discordância expressa e enfática de Menezes Cordeiro em *Da boa fé no direito civil*. Lisboa: Almedina, 1983, p. 676-677. Em sentido contrário LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 885, jul. 2009, p. 51 e seguintes.

<sup>4</sup> SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. *Programa de Direito Civil: Teoria Geral*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 316. Segundo o autor, a resposta orientou jurisprudências medievais.

<sup>5</sup> LIMA, Alvino. Abuso de Direito, p. 27: ensina que Scialoja, considerado o mais autorizado crítico sobre a matéria, concluiu que não existia a proibição do ato emulativo como conhecemos na modernidade, mas reconheceu que a sua afirmação não era consenso e apresentava como contrários a esta posição: Windscheid e Maynz.

<sup>6</sup> LIMA, Alvino. Abuso de Direito, p. 27 atesta que foi Salvador Riccobono quem tentou uma explicação histórica para a contradição, afirmando que os textos que não admitem qualquer limitação ao exercício da propriedade se enquadram no sistema *ius civile*, ou seja, o direito dos cidadãos romanos, ao passo que os textos opostos, que impõem limitações ao uso da propriedade refletem considerações éticas e humanitárias surgidas a partir do Século II do Império; CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 63.

Princípio geral, teoria constituída, germes de uma ideia ou expedientes,<sup>7</sup> o fato é que, já no direito romano embora prevalecesse o caráter absoluto do direito subjetivo, movimentos existiam no sentido de entender que o titular de um direito dever-se-ia interessar minimamente que fosse pelas consequências do seu exercício.<sup>8</sup>

A propriedade era terreno fértil para a conduta abusiva. Exemplos de julgados nos mostram o exercício abusivo principalmente no direito de propriedade, praticado por proprietários, e que indicavam a intenção exclusiva de prejudicar o vizinho.

Esta teoria dos atos emulativos desenvolveu-se na Idade Média, tendo-se propagado para além do direito de propriedade, alcançando as disposições relativas ao direito obrigacional.<sup>9</sup>

Para Menezes Cordeiro, não houve no direito romano e nem mesmo no direito medieval a construção de uma teoria dos atos emulativos, mas apenas um elenco, sem compromisso, de atos que poderiam ser qualificados como emulativos, mas que eram desapegados de uma base científica. Segundo o ilustre professor, toda a previsão dos atos emulativos foi empírica

---

<sup>7</sup> SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. *Programa de Direito Civil*, p. 316: “Os senhores conhecem os grandes expedientes que fizeram o triunfo do direito romano e que foram expedientes de reajustamento da ordem jurídica aos casos engendrados pela vida social. O direito honorário é o maior exemplo destes expedientes e a *aequitas* nada mais é do que um conceito puramente filiado a isso que nós hoje chamaremos a doutrina do abuso do direito. Os grandes jurisconsultos, que nas suas respostas deram o triunfo à *aequitas* sobre os princípios estritos do direito civil, todos eles, foram os primeiros teóricos do abuso do direito. Entre eles, o sumo jurisconsulto Servus Sulpicio Rufus, que é, realmente, quem nós poderíamos chamar o padre da doutrina do abuso do direito antigo. Pois bem, a doutrina do abuso do direito nunca apareceu formulada como tal no direito romano, porém, estes dois expedientes, a *aequitas* e o direito honorário, processavam a reacomodação constante da norma jurídica aos vários casos que se iam apresentando aos magistrados. De sorte que a doutrina se praticou, embora não fosse formulada.”

<sup>8</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Reimp. ed. 1973. Coimbra : Almedina, 1997, p. 48-51; CARPENA, Heloísa. Abuso do direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: *A parte geral do novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Coordenador Gustavo Tepedino, p. 367; MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 11; MENEZES CORDEIRO, António. Do abuso do Direito: estado das questões e perspectivas. *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra*, ARS IVDICANDI, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Volume II: Direito Privado, Organizadores: Jorge Figueiredo Dias, José Joaquim Gomes Canotilho e José de Faria Costa, Coimbra Editora, 2010, p. 131-132; DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

<sup>9</sup> MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito*, p. 16; CARDOSO, Vladimir Mucury. *O abuso do Direito*, p. 63.

e não teórica: “Uma pessoa que, no exercício dum direito, prejudique maliciosamente outrem incorre na reprovação do senso comum.”<sup>10</sup>

O autor defende que, enquanto não havia sido elaborado um entendimento científico do direito subjetivo e seu absolutismo, não houve necessidade da construção da teoria científica do abuso do direito.

Alvino Lima<sup>11</sup> reconhece que a teoria dos atos emulativos é proveniente do direito romano, entendendo que o seu período de maior desenvolvimento se deu no direito medieval. Na opinião do autor, a teoria de atos emulativos referia-se aos atos praticados pelos titulares do direito com evidente e comprovada intenção de prejudicar, bem como estendeu-se para uma série de presunções, para ele arbitrárias e indefinidas, elaboradas pela doutrina, para provar a ocorrência do ânimo ou da intenção de prejudicar. A presunção era deduzida da presença ou não de um interesse legítimo no ato que estava sendo praticado. A ideia era a de que o ato seria praticado sem qualquer utilidade para o agente ou com um mínimo de interesse, e em contrapartida seria prejudicial e maléfico a outrem.

## 2.2 CÓDIGOS CIVIS EUROPEUS

Pioneiro na proibição do ato emulativo foi o Código Civil da Prússia, que em 1794 o previu de forma direta e conclusiva, embora em termos genéricos.<sup>12</sup> A legislação prussiana previa, portanto, o exercício do direito contido em seus próprios limites, não se referindo, ainda naquele momento, à boa-fé ou bons costumes e nem mesmo ao fim econômico ou social.

---

<sup>10</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. Lisboa: Almedina, 1983, p. 674.

<sup>11</sup> LIMA, Alvino. *Abuso de Direito*, p. 28.

<sup>12</sup> LIMA, Alvino. *Abuso de Direito*, p. 28: destaca o autor que, além da previsão genérica nos § 36 e 37 a seguir reproduzidos, o Código Civil da Prússia também proibia o ato emulativo no exercício do direito de propriedade: “O que exerce seu direito dentro dos limites próprios, não é obrigado a reparar o dano que causa a outrem, mas deve repará-lo, quando resulta claramente, das circunstâncias, que entre algumas maneiras possíveis de exercício de seu direito foi escolhida a que é prejudicial a outrem, com intenção de lhe acarretar dano.”

Na França não havia um dispositivo como o existente no Código Civil da Prússia ou uma regra específica para a figura do abuso do direito.<sup>13</sup>

No entanto, a jurisprudência francesa do século XIX foi a grande propulsora do abuso do direito, inspirando, inclusive, legislações de outros países.<sup>14</sup>

Para aqueles que defendem ser o direito romano a raiz do abuso do direito, o século XIX foi responsável pelo ressurgimento da teoria.<sup>15</sup> No entanto, para os que não concordam com a indicação de resquícios do abuso do direito nestas épocas, a França do século XIX é o termo “a quo” do abuso do direito.<sup>16</sup>

De toda forma, a atividade pretoriana francesa do século XIX chega até nós repleta de exemplos de condenação de excessos no exercício do direito de propriedade, bem como no direito de vizinhança, por exemplo.

Caso paradigmático foi o de Clement Bayard julgado pelo Tribunal de Amiens em 1912, quando um proprietário foi condenado a indenizar um vizinho que teve seu dirigível atingido por uma haste pontiaguda instalada em seu terreno apenas para atrapalhar a movimentação no terreno do último. O abuso no exercício do direito de propriedade com o reconhecimento do exercício anormal e despropositado daquele direito foi o fundamento da condenação do proprietário na obrigação de indenizar.

Outros exemplos são trazidos pela doutrina, todos ocorridos na França, onde foi reconhecido o direito do réu, condenando-se o autor diante da presença de irregularidade no exercício do seu direito.<sup>17</sup> A doutrina lembra

---

<sup>13</sup> RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 127.

<sup>14</sup> LIMA, Alvino. *Abuso de Direito*, p. 29.

<sup>15</sup> RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito*, p. 106; CARDOSO, Vladimir Mucury. *O abuso do Direito*, p. 65; ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. *Do abuso do direito*. Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Livraria Almedina, 1983, p.13; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Abuso do Direito*. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 13, p. 97, jan./mar. 2003; DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 578; SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. *Programa de Direito Civil*, p. 316; MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito*, p. 159; LIMA, Alvino. *Abuso de Direito*, p. 26.

<sup>16</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 676-677, 683.

<sup>17</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 671: alguns dos exemplos fornecidos pelo autor são: a condenação em 1808 do proprietário de uma oficina de fabricação de chapéus que emitia odores desagradáveis na vizinhança; em 1830 a condenação do construtor de um forno que o fez sem tomar as precauções devidas e que prejudicou um vizinho; e em 1854 um proprietário que passou a bombear a água do próprio poço para o rio, a fim de baixar o nível do poço do vizinho.

que foi no Direito de vizinhança que primeiro se cogitou limitar o exercício dos direitos.<sup>18</sup> O direito de vizinhança coloca dois proprietários e possuidores em confronto, portanto, dois direitos subjetivos conflitantes. O conflito decorre do exercício irregular e injusto por parte de um proprietário que tinha como finalidade prejudicar o outro.

Como escreve Menezes Cordeiro: “A admissão do abuso do direito tem sido fundada na necessidade de respeitar os direitos alheios, na violação, pelo titular exercente, de normas éticas, na ocorrência, por parte do mesmo titular, de falta e na não consideração do fim preconizado pela lei, aquando da concessão do direito.”<sup>19</sup>

O direito alemão, aproximando-se da previsão encontrada também no direito espanhol, colocou a boa-fé como limite ao exercício dos direitos.<sup>20</sup>

Ainda hoje é possível encontrar na disciplina normativa alemã alguma ideia sobre a intenção do agente ou a sua vontade. No entanto, vale o registro feito por Cunha de Sá no sentido de que tanto a doutrina quanto a jurisprudência concedem uma interpretação objetiva ao exercício do direito, não se atendo à vontade do sujeito.<sup>21</sup>

Menezes Cordeiro afirma que o “abuso do direito é, como teoria, estranho à pandectística”, porque, embora a escola tenha considerado o problema numa perspectiva histórica, apoiada em textos romanos para propor novas soluções, não trouxe qualquer consideração nova capaz de embasar o nascimento de uma teoria científica.<sup>22</sup>

No direito suíço a imposição da boa-fé é expressa no artigo 9º da Constituição. Sendo a boa-fé o centro do ordenamento jurídico suíço, o abuso é rechaçado pelo artigo 2º do Código Civil de 1907, quando afirma que o exercício de uma posição ativa ou de um direito seja feito conforme a boa-fé e não contrarie o fim imposto àquele mesmo direito, mesmo que este fim não esteja expresso na norma.

---

<sup>18</sup> CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito*, p. 368: a autora aponta que criou-se uma nova categoria de atos jurídicos entre o que era permitido e o que era proibido; CARDOSO, Vladimir Mucury. *O abuso do Direito*, p. 65.

<sup>19</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 680-681.

<sup>20</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Contornos da abusividade e sua recepção pelo direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 396, p. 226, mar./abr. 2008.

<sup>21</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 59-60.

<sup>22</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 687: explicando que o direito alemão seguiu duas vias: a da *exceptio doli* e a da *chicana*.

O Código Civil italiano de 1942 não trouxe um artigo exclusivo dedicado ao abuso do direito, embora o seu projeto original possuísse um dispositivo neste sentido. Tal não significa que a lei italiana não tenha se posicionado contrariamente ao abuso do direito: existe um princípio geral no ordenamento jurídico que congrega a *exceptio doli*, a boa-fé e a *correteza* na execução do contrato. Para além disso, a doutrina e a jurisprudência italianas trabalham na interpretação ampliada de diversos dispositivos legais ultrapassando eventuais problemas decorrentes da ausência de disciplina específica para o abuso do direito.<sup>23</sup>

Também ao direito russo não escapou a previsão do ato abusivo. As quatro partes deste Código entraram em vigor em 4 datas diferentes. A primeira, atinente às disposições gerais, entrou em vigor em 1995. A segunda, relativa às Obrigações, entrou em vigor em 1996. A terceira parte, que tratou do Direito das Sucessões, vigorou a partir de 2002 e a quarta parte, relativa à propriedade intelectual sancionada em 2006, apenas em 2008 entrou em vigor.

O artigo 1º da primeira parte previa a tutela dos direitos civis, salvo nos casos em que os mesmos fossem exercidos pelo seu titular contrariamente ao seu destino econômico-social. Cunha de Sá<sup>24</sup> lembra que o Código Russo fez, desde cedo, a defesa dos direitos subjetivos e, ato contínuo, limitava-os sem questionar o sujeito acerca da sua intenção, o que lhe conferiu papel importante na formulação legal da teoria do abuso do direito.<sup>25</sup> Deve ser registrado que, embora o critério finalístico do exercício das posições jurídicas estivesse presente na lei russa, o reconhecimento que se dá a esta finalidade e, em consequência, a maneira de lidar com os conflitos e abusos é diferente quando se trata de um Estado Comunista.<sup>26</sup>

O direito grego, que inspirou o português, por sua vez, foi fortemente influenciado pelo direito romano, e pelos códigos francês e alemão, mas apenas influenciado, na medida em que mais moderno (representando a doutrina alemã posterior ao BGB) e objetivado. O artigo 281 do Código Civil

---

<sup>23</sup> RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito*, p. 141.

<sup>24</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 77.

<sup>25</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 69-76.

<sup>26</sup> RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito*, p. 136-137.



grego de 1946, que trata do abuso do direito, repudia-o de forma objetiva.<sup>27</sup> Cunha de Sá explica que a doutrina se dividiu por ocasião da promulgação da lei, estando de um lado aqueles que entendiam a disposição insuficiente para a solução de graves questões que se colocavam, especialmente problemas econômicos e de, outro lado, os que acreditavam ser o artigo 281 muito amplo. A jurisprudência, neste primeiro momento, teve como reação a limitação do campo de incidência do abuso.

Tal limitação foi feita pelos Tribunais ao reconhecer o abuso apenas para os direitos subjetivos legais, em contraposição àqueles que tivessem origem nos contratos. E mesmo para os direitos provenientes da lei, a jurisprudência grega apenas aplicava o abuso para aqueles que não fossem entendidos como de ordem pública.<sup>28</sup> A doutrina grega considera, no entanto, que o próprio artigo 281 é uma norma de ordem pública.

Assim, acabava a jurisprudência por criar uma classificação nova para os direitos subjetivos: aqueles que podem sofrer abuso e os que não podem. Esta limitação não se coadunava com a previsão contida no artigo 25 da Constituição Federal grega de 1975 que reconhece o direito dos cidadãos como símbolo máximo da liberdade e da justiça e expressamente condena o exercício abusivo, submetendo este exercício à solidariedade que é um dos fundamentos daquele Estado.<sup>29</sup>

Atualmente, o abuso do direito que, inclusive, possui assento constitucional na Grécia, conta com outro panorama, pois adquiriu aplicação mais alargada da disposição legal nos diversos ramos do direito.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Em tradução livre: Abuso do direito. O exercício de um direito pode ser proibido se este exercício exceder evidentemente os limites impostos pela boa-fé ou moralidade ou pela finalidade social ou econômica do direito.

<sup>28</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 78: afirma que este retraimento dos Tribunais gregos contrariava a própria memória legislativa dos trabalhos do projeto do código civil, que incluíam todos os direitos, inclusive e nomeadamente, os direitos reais, o direito das obrigações.

<sup>29</sup> Em tradução livre: 1. Os direitos do homem como indivíduo e como membro da sociedade são garantidos pelo Estado e todos os seus agentes estão obrigados a garantir o exercício sem impedimentos. 2. O reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais e inalienáveis do homem pelo Estado visa a realização do progresso social na liberdade e justiça. 3. O exercício abusivo dos direitos não é permitido. 4. O Estado tem o direito de exigir que todos os cidadãos cumpram o dever de solidariedade social e nacional.

<sup>30</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 80: acresce que a lei grega possui nos artigos 178 e 179 previsões expressas sobre atos jurídicos contrários aos bons costumes indicando-lhes a sanção de nulidade.

No direito português, o abuso do direito está disciplinado no artigo 334 do Código Civil.<sup>31</sup>

Segundo nos ensina Menezes Cordeiro, a redação deste artigo não se deve às correntes doutrinárias e práticas jurisprudenciais anteriores, mas sim à recepção de doutrina estrangeira, especificamente “decénios de doutrina germânica”,<sup>32</sup> afirmando que a caracterização legal do abuso do direito é muito mais decorrente do trabalho detido e preocupado da doutrina e menos das decisões dos Tribunais ou, ainda, em virtude dos fatos e da consciência coletiva sobre eles.<sup>33</sup>

A lei portuguesa é a fonte normativa da previsão contida no artigo 187 do Código Civil brasileiro e será mais explorada à frente, por ocasião do estudo detido do referido dispositivo.<sup>34</sup>

Ainda no continente europeu, vale o registro da previsão contida na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia proclamada no ano de 2000, em Nice, na França, que em seu preâmbulo afirma: “Consciente de seu patrimônio espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, coloca o ser humano no cerne da sua ação.”

O artigo 54 da Carta afirma que “Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de implicar qualquer direito de exercer atividades ou praticar atos que visem a destruição dos direitos ou liberdades por ela reconhecidos, ou restrições maiores desses direitos e liberdades que as previstas na presente Carta.”

A concepção da Carta é construída tendo como base a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a pacificação social, garantindo direitos,

---

<sup>31</sup> “Artigo 334.º - (Abuso do direito) É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.”

<sup>32</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 717.

<sup>33</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 708: concordando com Cunha de Sá neste aspecto.

<sup>34</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de código civil brasileiro* (subsídios históricos para o novo código civil brasileiro), 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 29-30; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Abuso do Direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 103, jan./mar. 2003.

mas salientando a existência de deveres, e rejeitando a ideia de que o exercício dos direitos possa causar danos aos demais cidadãos.

Assim é que a Carta adota um entendimento, uma diretriz que está de acordo com aquilo que se deve esperar de um ordenamento jurídico em vigor num Estado democrático.

O exercício do direito, referido aqui em sentido lato como mais adiante se apontará, deve ser feito na medida do espaço que o ordenamento que concede.

## 2.3 CÓDIGOS CIVIS SUL-AMERICANOS

Na América do Sul, a Argentina, a partir de 1968, por ocasião da alteração do artigo 1071 do Código Civil,<sup>35</sup> passou a referir expressamente o abuso do direito como exercício abusivo dos direitos.<sup>36</sup>

Antes da alteração legislativa ocorrida em 1968, a jurisprudência argentina fazia extensa aplicação do abuso do direito aos mais diversos ramos do direito, desde a obrigação de prestar alimentos até o direito de propriedade, passando pelo direito trabalhista.

Ao contrário da previsão argentina expressa acerca do tema, no Código Civil Chileno não há regra específica, mas apenas disposições esparsas acerca do exercício dos direitos. Os artigos 1461, 1467 e 1546 do Código Civil<sup>37</sup> se referem à boa-fé e aos bons costumes determinando que estes sejam os critérios limitadores no exercício das posições jurídicas.

---

<sup>35</sup> Artigo 1071: “El ejercicio regular de un derecho próprio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.”

<sup>36</sup> RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito*, p. 147-148: consignando que a legislação paraguaia disciplina o abuso do direito de forma similar à lei argentina.

<sup>37</sup> Art. 1461: “No sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas

No Brasil, a história do abuso do direito deve ser dividida em duas etapas: a primeira antes da promulgação do Código Civil de 2002 e a segunda depois da entrada em vigor deste diploma.

Ao contrário do que fizeram as legislações de outros países, o Brasil não acolheu a previsão expressa do abuso do direito. O codificador de 1916 previu apenas o exercício regular do direito concedendo-lhe proteção legal.

O artigo 160 do Código Civil brasileiro de 1916 determinava que “[n]ão constituem atos ilícitos: I – Os praticados em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito reconhecido.”

A doutrina, através de uma interpretação negativa, a *contrario sensu*, extraiu a proibição de atos irregulares, e considerou os atos irregulares, como ilícitos.<sup>38</sup>

Na vigência do Código Civil de 1916, o exercício dos direitos não era a expressão de um poder absoluto, na medida em que, para que houvesse a sua proteção, necessário que o exercício fosse regular.

Adotando o critério do uso anormal do direito, relacionando a ideia de abuso a um critério exclusivamente objetivo, a doutrina reconhece que o Código Civil adotou a concepção finalista de Salleilles e Josserand.<sup>39</sup>

Clóvis Beviláqua reconhecia neste dispositivo a necessidade de se obedecer a alguns limites éticos, ligados à intenção do agente e à exclusiva vontade de prejudicar a outrem, o que, ao fim e ao cabo, faria com que se desse o retorno à ideia de ato emulativo.<sup>40</sup>

Pontes de Miranda, adepto do positivismo, afirma que a lei fala apenas em exercício regular e que, desta forma, não se deve indagar acerca do

---

costumbres o al orden público. ; Art. 1467. No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.; Art. 1546. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza dela obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.”

<sup>38</sup> Na lição de CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito*, p. 375: “Assim, de forma quase clandestina, sem nem ao menos receber do legislador sua denominação, penetrou a teoria no ordenamento jurídico brasileiro.”

<sup>39</sup> MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito*, p. 92.

<sup>40</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921, p. 420. V1.

propósito exclusivo de lesar. Para o autor, bastava que a lesão ocorresse, com culpa, não se deveria questionar a existência de intenção.<sup>41</sup>

San Tiago Dantas, igualmente, reconhece a adoção da teoria finalista pela lei brasileira, entendendo o abuso como sendo o exercício antissocial do direito.<sup>42</sup>

Para Baptista Martins, o direito encampou a tese da relatividade dos direitos desenvolvida por Josserand e colocou a teoria do abuso do direito em uma posição por ele qualificada de “indestronável”. A finalidade do direito seria a harmonia social e o que deverá ser garantido.<sup>43</sup>

Caio Mario da Silva Pereira oscilava entre as teorias subjetiva e objetiva, reconhecendo no preceito a necessidade de se respeitar limites éticos fincados na ideia de solidariedade, mas salientando que o Código Civil adotou a teoria de Salleilles, para considerar abusivo o exercício anormal sempre que a consciência pública o reprovasse por estar em dissonância com o destino econômico ou social do direito. O professor afirmava, ainda, que o instituto do abuso do direito assumiria o lugar de categoria autônoma e, uma vez assim estruturado, caminharia para o critério de apuração objetiva rompendo os vínculos com a culpa.<sup>44</sup>

Importante registrar que a jurisprudência, na época em que vigorava o antigo Código Civil, e apesar do entendimento doutrinário apontado nos parágrafos anteriores, era baseada nos elementos intenção ou culpa, talvez pela ausência de previsão expressa atinente à finalidade da norma e/ou à boa-fé.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, Tomo II, BENS E FATOS JURÍDICOS. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 292, 361.

<sup>42</sup> SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. *Programa de Direito Civil*, p. 318.

<sup>43</sup> MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito*, p.174-177.

<sup>44</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 275. No mesmo sentido, LIMA, Alvino. *Abuso de Direito*.

<sup>45</sup> CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito*, p. 376: para quem “[é] provável que estas razões tenham contribuído para a incerteza quanto aos contornos do instituto e a pouca aplicação da teoria do abuso do direito, sob a égide do Código de 1916.”

Diferentemente do que ocorreu na vigência da lei anterior, o Código Civil de 2002 trouxe de forma expressa a previsão do abuso do direito, a ser perquirido de forma objetiva, sem que, contudo, tenha nomeado o instituto.<sup>46</sup>

O novo dispositivo inovou absolutamente com relação ao texto revogado, tendo se inspirado no artigo 334 do Código Civil português.<sup>47</sup> Segundo Heloísa Carpena, “[a] nova redação, inspirada no Código Civil português, acolhe e sintetiza as diferentes concepções do abuso de direito, impondo limites éticos ao exercício dos direitos subjetivos e de outras prerrogativas individuais.”<sup>48</sup>

A doutrina concorda que a inspiração para o artigo 187 do Código Civil brasileiro foi o artigo 334 da lei portuguesa, que, por sua vez, inspirou-se no Código Civil grego de 1946, cuja matriz se encontra no direito tedesco, de onde adveio a referência à boa-fé objetiva e aos bons costumes. Mas a referência ao direito francês também existiu para a lei portuguesa na alusão à função econômica e social.<sup>49</sup>

Os limites serão traçados com o auxílio de parâmetros que, por sua vez, são informados pela boa-fé, bons costumes e função social e econômica dos direitos. O exercício do direito deve se dar com respeito ao espírito próprio que existe para ele, sem desviar-se da finalidade ou da função social estabelecida. O ato abusivo consistiria na atuação antissocial,<sup>50</sup> e o meio de avaliá-lo é a busca pelo “motivo legítimo”.<sup>51</sup>

A tarefa de identificar o ato abusivo deve perquirir as condições objetivas existentes ao tempo do seu exercício juntamente com a finalidade que foi atribuída ao ato, sempre verificando a presença dos seus elementos

---

<sup>46</sup> “Art. 187 – Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

<sup>47</sup> “Art. 334 – É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.”

<sup>48</sup> CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito*, p. 381.

<sup>49</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 694-695. LOPEZ, Teresa Ancona. *Exercício do direito*, p. 49-68: “é a vitória de Josserand em ordenamentos que ele sequer imaginaria.”

<sup>50</sup> CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito*, p. 382.

<sup>51</sup> LIMA, Alvino. *Abuso de Direito*, p. 36: o autor afirma que “[p]ara que o juiz tenha segurança na apreciação de cada caso concreto, JOSSERAND apresenta como processo técnico, preciso, usado pelos tribunais, o motivo legítimo. O ato será normal ou abusivo se guiado ou não por um motivo legítimo, verdadeira pedra angular de toda teoria do abuso do direito e seu precipitado visível.”

concretizadores indicados na lei, quais sejam a boa-fé, os bons costumes e o fim econômico e social.

No que se refere à jurisprudência brasileira acerca do tema, Judith Martins-Costa afirma que foi apenas na entrada do século XXI que os Tribunais iniciaram o processo de objetivação do abuso do direito, embora ainda não apontasse expressamente para os seus elementos de concreção acima referidos: a boa-fé, os bons costumes e a função social e econômica dos direitos.<sup>52</sup>

A crítica feita pela autora é correta e merece destaque, na medida em que a jurisprudência brasileira na véspera da entrada em vigor do Código Civil de 2002 fundamentava as suas razões de decidir não nos elementos que estariam apontados expressamente na lei, mas em princípios como a razoabilidade e a proporcionalidade, a fim de rejeitar o abuso do direito nos casos concretos postos para julgamento.

O ponto será mais uma vez explorado quando do levantamento jurisprudencial que se fará adiante.

---

<sup>52</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org). *Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 65-67.

### 3 O INSTITUTO DO ABUSO NO ATUAL DIREITO BRASILEIRO

O Código Civil de 2002 rompeu com a construção dogmática que foi a base para a construção do conceito de ilicitude civil a partir da sua consequência natural, qual seja o dever de indenizar. A obrigação de indenizar antes constante do artigo 159 do Código revogado não se repete no artigo 186 da lei vigente, sendo deslocada tal obrigação para o artigo 927 do Código em vigor.

Significa dizer que está afastada a ligação tradicional entre ilicitude, culpa, dano e dever de indenizar. A opção do legislador brasileiro foi de romper com a ideia do direito francês que unia ilicitude à culpa e à indenização (*faute*), aderindo-se à ideia germânica que separa ilicitude, culpa e dano. Esta afirmação importa diretamente para o entendimento do comando do artigo 187 do Código Civil.

Judith Martins-Costa vê na alteração do regime da ilicitude promovida no Código Civil de 2002, que tornou dispensável a presença da culpa e do dano para os efeitos da tutela conferida pelo artigo 187 da lei civil, não a reprodução do artigo 160, I da lei revogada, mas sim o exercício inadmissível de posições jurídicas que opera para além do direito objetivo, alcançando “situações jurídicas subjetivas, existenciais e patrimoniais.”<sup>53</sup>

Para a autora, o artigo 187 do Código Civil não diz respeito ao velho conceito de abuso do direito, na sua versão subjetiva, mas ao exercício inadmissível de posições jurídicas. A diferença entre o abuso e o exercício inadmissível está na ausência do elemento culpa como suporte fático da regra.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil (Estruturas e Rupturas em Torno do art. 187). *Doutrina ADCOAS*, n. 10, v. 6, p. 310, out. 2003.

<sup>54</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Breves anotações, p. 310: a autora afirma que o artigo 187 trata de uma ilicitude de meio, isto é, do modo pelo qual o direito objetivo é exercido, sendo objetiva porque a ela apenas interessa a desconformidade com a norma, cuja verificação deve ser feita em cada caso concreto da concordância ou não entre o comportamento do sujeito e os valores ou finalidades eleitos pelo ordenamento jurídico: boa-fé, fim econômico e social e bons costumes.



A posição é, também, de Menezes Cordeiro, para quem o legislador brasileiro ao indicar como ilícito o exercício disfuncional de posições jurídicas resolveu algumas incongruências sistemáticas.<sup>55</sup>

O Autor afirma que a ligação do exercício inadmissível com a boa-fé agrega uma solução ampla que abrange diversas espécies de conduta inadmissível; objetiva, pois não necessita que se perquiria acerca da intenção do agente; positiva, na medida em que, ao invés de restringir condutas, as prescreve; e precisável porque, embora ampla, não tem um conceito totalmente vago, como, por exemplo, a moral e os bons costumes.<sup>56</sup>

Chama a atenção e merece registro a observação feita por Judith Martins-Costa, no sentido de que a abusividade a que faz referência o Código de Defesa do Consumidor em nada se relaciona com o artigo 187 da lei civil, uma vez que aquela diz respeito às cláusulas abusivas inseridas em contratos por adesão, revelando abuso de posição contratual por parte de fornecedor, fenômeno típico da sociedade de consumo. Afirma a autora que tanto o campo operativo quanto a eficácia são diversos daqueles traçados pelo exercício inadmissível de posição jurídica, ressaltando que a abusividade na lei consumerista situa-se no plano da validade.<sup>57</sup>

A cláusula geral contida no artigo 187 do Código Civil representa antes de tudo a abertura do sistema para a influência de elementos para além do próprio sistema jurídico, incluindo também os princípios jurídicos.

Importa registrar que a distinção que se faz entre ambos – abuso e exercício inadmissível – é baseada na ausência do elemento culpa na segunda figura. Ocorre que a concepção do abuso vinculada à culpa o coloca em absoluta identidade com o ato emulativo, o que os confina no regime da responsabilidade civil por culpa ou subjetiva. Esta direção, no entanto, não parece a que esteja sendo seguida pelo direito civil contemporâneo.

O abuso poderia ser chamado de exercício inadmissível ou disfuncional de posições jurídicas, mas ao que parece a primeira expressão

---

<sup>55</sup> MENEZES CORDEIRO, António. Tratado. I. Parte Geral. Tomo IV, p. 13: quanto às incongruências do artigo português estaria o uso do vocábulo “ilegitimidade” que para o Autor significa ilicitude, o que teria sido corrigido na lei brasileira.

<sup>56</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 694.

<sup>57</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício do contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, n. 97, p.143-169, p. 125, nota 78 e p. 126, mar. 2005.

se afigura mais emblemática, sendo usada em maior escala. O abuso é o concreto exercício de uma posição jurídica, para além do direito subjetivo, que embora correto em si, é inadmissível porque contraria o sistema. E é esta contrariedade, justamente, que na nossa opinião defendida ao longo do presente trabalho, o aparta do ato ilícito: a ilicitude está na contrariedade da lei. O abuso está na contrariedade ao fim colimado para o direito que se está a exercer, na contrariedade do sistema.

### 3.1 O ABUSO DO DIREITO NA JURISPRUDENCIA BRASILEIRA

A teoria do abuso do direito é oriunda de construção pretoriana. A doutrina não é vasta e, talvez por isso, o tema encerre, ainda atualmente, tantas controvérsias.

Este trabalho dividiu a pesquisa jurisprudencial em dois momentos, tendo como linha divisória a entrada em vigor do Código Civil brasileiro em janeiro de 2002, que introduziu o abuso do direito no ordenamento jurídico.

Importante observar que o Código de Defesa do Consumidor introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 8.078/90 positivou a boa-fé objetiva e levou para os Tribunais o conceito que, por sua vez, deu impulso à uma nova teria contratual, com alteração de paradigmas e imposição de novos limites.<sup>58</sup> Evidentemente também se verificou um outro olhar para a abusividade. Todas estas alterações, no entanto, foram voltadas e restritas para as relações de consumo.

Fora da lei consumerista, isto é, nos limites do Código Civil vigente desde 1916, os julgados produzidos não são uniformes, e possuem uma fraca conceituação, seja do princípio da boa-fé, seja do instituto do abuso do direito. Em geral, os julgados se relacionam com o incumprimento do próprio direito subjetivo e não contribuíram para a construção do conceito, bem como da autonomia científica do instituto.

Na vigência do Código Civil anterior, a ilicitude foi tratada no artigo 159 que estabeleceu uma previsão genérica de condutas ilícitas, de caráter

---

<sup>58</sup> CARPENA, Heloísa. Afinal quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. *RTDC*, v. 19, p. 29-48, jul./set 2004.

subjetivo, isto é, culposos, imputando ao agente o dever de reparar o prejuízo que ocasionar. A par deste artigo, existia o 160, I que numa leitura invertida indicava casos de exclusão de ilicitude.

Consequência desta técnica legislativa é a de que o abuso era interpretado reflexamente. E, por isso, o abuso era identificado como exercício anormal do direito e, para configurá-lo, a jurisprudência exigia a presença do dolo ou, no mínimo, da intenção emulativa.

Por outro lado, a boa-fé era usada para justificar a maioria dos julgados, sem que, no entanto, estivesse concretizada. Mesmo se valendo da boa-fé, os julgamentos não apontam quais teriam sido os critérios utilizados. Estes julgados são o que se chamou de “*justiça de sentimentos*”.<sup>59</sup> A denominação serve para se referir às decisões que, sem especificar objetivamente o seu fundamento, apenas mencionam a boa-fé ou indicam a presença de abusividade, de forma imprecisa ou inconclusiva, apelando, também, para os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Apontamos abaixo alguns julgados anteriores à entrada em vigor do Código Civil de 2002, nos quais é possível verificar o emprego vago dos termos “ato abusivo”, “abuso do direito” e “ato ilegal”. As decisões se referem a estes termos como se de sinônimos se tratassem, o que revela o equívoco no uso dos conceitos. Os exemplos a seguir ora revelam atos ilícitos, ora atos abusivos.

Assim, no julgamento do Recurso Especial 51.831-RO, reconheceu-se a ilicitude do proceder de agente de saúde que negou atendimento ambulatorial à paciente, violando a norma do artigo 39, I do Código de Defesa do Consumidor.

Também no julgamento do Recurso Especial 109.163 - PR foi reconhecida a inexistência de ato contrário ao contrato social da empresa ou à lei, que tenha sido praticado pelo sócio. O acórdão concluiu por ausência

---

<sup>59</sup> ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. *Do abuso do direito*, p. 20: sobre o entendimento de Manoel de Andrade, para quem a teoria do abuso serviria para obstar injustiças clamorosas, intoleráveis, escandalosas, mas que prescindiriam de dolo e culpa, e que gerasse forte reação de censura por parte da consciência jurídica, o autor afirmou que “[t]al indeterminação, tal vaguidade, propiciadora, no fundo, duma *justiça de sentimento*, se serve para não iludir a exigência de segurança do sistema instituído, é, no entanto, inservível para se encontrar um critério minimamente seguro.” (grifos nossos).

de culpa do sócio e foi guiado pela verificação da presença dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva.

Nas razões de decidir do AgRg no Ag<sup>60</sup> nº 147630, de ato abusivo não se tratou, mas sim de ato ilícito, sendo certo que o julgado aduz expressamente à culpa.

No Recurso Especial 250.523-SP julgado em outubro de 2000, a Corte reconheceu que atua com abuso de direito porque violada a boa-fé, a instituição financeira que, invocando cláusula contratual constante do contrato de financiamento, beneficia-se lançando mão de numerário depositado pela sua correntista em conta-corrente destinada ao pagamento dos salários de seus empregados, e cujo valor teria sido obtido através de empréstimo de forma subsidiada pelo governo.

O Tribunal afirmou que a cláusula que permite esse procedimento é mais abusiva do que a denominada cláusula mandato, pois, enquanto esta autoriza apenas a constituição do título, aquela permite a cobrança pelos próprios meios do credor, nos valores e no momento por ele escolhidos.

Em um outro julgado de julho de 2002, ainda antes da entrada em vigor do Código Civil renovado (EDcl no AgRg no Ag 418.205-SP), o Tribunal entendeu que atua com abuso do direito de recorrer a parte que investe contra assunto já pacificado nos Tribunais, especialmente, quando já sumulado.

Outro exemplo de emprego vago e impreciso do termo “abuso do direito”, sem que tenha sido dada qualquer referência específica à qualquer critério limitador, podemos encontrar no julgamento do Recurso Especial 407.160 – AM, onde se pretendia provar o desvio de uso de imóvel que fora retomado para uso de descendentes, tal como prevê a lei do inquilinato nos seus artigos 44 e 47.

Em julgamento que reconheceu o abuso do direito de recorrer ao Superior Tribunal de Justiça no recurso de Embargos de Declaração em Agravo Regimental (Emb. Decl. em Agr. Reg. em RE 244.893-PR), a Corte reconheceu o exercício abusivo do direito de recorrer e a litigância de má-fé. Com mais concretude e apuramento técnico, afirmou a Corte que o

---

<sup>60</sup> Agravo Regimental no Agravo de Instrumento julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 1997.

ordenamento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. Para os julgadores, o processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa prática contraria o dever de probidade que se impõe para as partes, não podendo os juízes tolerar o abuso processual reconhecido como prática descaracterizadora da essência ética do processo.

Verifica-se que, nos julgados anteriores à entrada em vigor do Código Civil de 2002, e mesmo naqueles proferidos após 1990, ano da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor que positivou a boa-fé objetiva no seio do sistema jurídico brasileiro, era bastante tímida e vacilante a jurisprudência. As decisões eram muito calcadas nos textos legais, sem que houvesse um uso firme das funções da boa-fé: limitativa, corretiva ou interpretativa. Além disso, em muitas se via a concretização de simples ato ilícito, porque franca a violação de texto legal, sendo entendida como ato abusivo.

Com a entrada em vigor em 2002 do Código Civil, as decisões passaram a fazer referência ao abuso do direito, é certo, percebendo-se o desprendimento quanto à dogmática anterior, porém, a crítica quanto à vagueza ou imprecisão com que é, por vezes, usado o instituto, não pode ser ainda afastada.

De se notar que a simples menção à boa-fé desacompanhada de qualquer fundamentação que a concretize, isto é, que aponte para o elemento valorativo contrariado, enfraquece o instituto e acaba por banalizá-lo.

A alteração de paradigma no raciocínio acerca da juridicidade foi apontada por Castanheira Neves, que afirmou que a mesma deixou de ser medida por uma “validade lógico-ideal de fundamento apenas legal, para se medir por uma validade jurídica concreta de fundamento axiológico-normativo.”<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> NEVES, Castanheira. *Questão-de-facto-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica: a crise*. Coimbra: Almedina, 1967, p. 267. V.1.

Nas palavras de Rosalice Fidalgo Pinheiro, o estabelecimento de limites entre o lícito e o ilícito é “desconcertante”, sendo certo que trata-se de substituir uma lógica positivista por uma racionalidade valorativa.<sup>62</sup>

Optamos, no que se refere à pesquisa, por oferecer alguns julgados que entendemos mais esclarecedores dos conceitos declinados neste trabalho, como que numa visão panorâmica. Todas as ementas foram colhidas dos julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Os acórdãos que serão referidos a seguir demonstram que o instituto do abuso do direito vem sendo empregado com parcimônia pelos Tribunais, mas que, ao longo dos anos, os conteúdos das cláusulas gerais estão sendo preenchidos de forma mais direta. É possível observar que a boa-fé é usada tanto para negar quanto para justificar o ato abusivo.

Espera-se que os contornos do instituto sejam melhor definidos nos julgamentos, de maneira a que a sua aplicação se torne mais concreta e fundamentada.

Passemos à análise de algumas das decisões do Superior Tribunal de Justiça.

O primeiro acórdão escolhido após a entrada em vigor do Código Civil de 2002 é da lavra do Ministro Jorge Scartezzini, da Quinta Turma Do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e versa sobre locação (REsp 407.160). Através de ação de cobrança, o locatário pretendia cobrar multa por desvio de uso após a retomada que fora pedida para uso de descendentes. No caso concreto, não tendo versado o acordo firmado entre as partes sobre a destinação do imóvel, os Ministros entenderam que subsiste a obrigação do locador de utilizá-lo na forma do pedido formulado na inicial, sob pena de prestigiar-se abuso de direito do senhorio.

Neste acórdão, o Tribunal reconheceu a obrigação titulada pelo locador de dar ao imóvel retomado a destinação que a lei de forma taxativa determina no artigo 47 da lei do inquilinato, sempre que o pedido apresentado for fundamentado em uma destas hipóteses legais, sob pena de abuso do seu direito de retomada. Reconheceu que o agir em contrário revela interesse especulativo por parte do locador, e colide com a proteção

---

<sup>62</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Contornos da Abusividade e sua recepção pelo Direito Brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 396, p. 231, mar./abr. 2008.

especial que a lei do inquilinato confere ao locatário residencial, evidenciando a ocorrência de abuso de direito. Ademais, o acórdão aponta para a opção de, caso o locador não queira justificar e se prender ao fundamento da retomada, deve apenas aguardar o escoamento do prazo e ajuizar a ação de despejo com base na denúncia imotivada do contrato.

O acórdão reconhece que o locador possui o direito de retomar o bem locado por prazo indeterminado na hipótese do artigo 47, inciso III da referida lei do inquilinato. No entanto, o fundamento axiológico deste direito que reside na proteção do núcleo familiar deve ser cumprido, pois, se assim não o fizer, o locador viola a boa-fé que deve presidir o cumprimento do contrato.

No caso, a boa-fé mencionada no artigo 187 do Código Civil exerce função limitadora do direito do locatário.

O segundo acórdão escolhido, fruto de julgamento do REsp 367.655 de São Paulo, ocorrido no ano de 2003, é da lavra do Ministro Ruy Rosado de Aguiar e versa sobre alienação por um dos condôminos de bem indivisível. Reconheceu o Tribunal que o condômino do imóvel indivisível que se quer alienar judicialmente deve ser citado. CPC, afirmando que servindo o imóvel modesto para a moradia da ex-mulher e dos filhos do autor, a imposição da perda do bem com a alienação forçada caracteriza abuso de direito, pois a medida servirá apenas para preservar 25% da propriedade do autor.

O Ministro Ruy Rosado, embora equipare o ato abusivo ao ato ilícito, afirmou ser a hipótese em julgamento caso típico de abuso do direito, eis que o direito de ver extinto condomínio de imóvel encontra limites na proteção do núcleo familiar, que, no caso dos autos, se viu diante de uma alienação forçada, a fim de que se liquidasse o percentual de 25% titulado pelo autor da ação na propriedade, sem que houvesse qualquer indicação de como seria resolvida a questão da moradia da família, detentora de 75% do imóvel. O Tribunal reconheceu, ao suspender o direito à dissolução do condomínio, que o mesmo deve respeitar o fundamento da destinação social da propriedade. Mas não foi apenas isto, o julgado, também, atendeu à proporcionalidade entre o bem que se preservou e o dano que se causaria ao interesse familiar.

Ainda em 2003, no julgamento do Recurso Especial 456.088 – GO, o Tribunal reconheceu que o banco que recebe duplicatas em operação de

desconto e leva o título a protesto sem que, contudo, antes verifique a sua regularidade, ou seja, a efetiva entrega da mercadoria, por exemplo, comete ato abusivo e responde pelos prejuízos que causar ao terceiro de boa-fé. Os julgadores, embora reconhecendo a necessidade da instituição financeira de realizar o protesto para os fins de resguardar o seu direito de regresso, conforme determina o artigo 13, parágrafo 4º da lei 5474/68, reconhece o ato abusivo quando não verificada a existência e validade da duplicata não-aceita.

Também no âmbito do direito bancário, o julgamento do Recurso Especial 621.577, oriundo de Rondônia, reconheceu como abusivo o cancelamento unilateral de contrato de limite de crédito em conta-corrente sem prévio aviso ao correntista com base no princípio da confiança. Embora o Relator tenha classificado o ato como ilícito, entendemos tratar-se de ato abusivo, pois o cancelamento de crédito é ato unilateral, assim como o término do vínculo contratual. No entanto, se o outro contratante não espera a atitude da parte contrária, segue confiando que o valor contratado estará à sua disposição, e nesta esteira planeja a sua vida financeira. Na violação da confiança depositada está o abuso do direito do banco.

No ano de 2008, selecionamos o acórdão proferido Recurso Especial nº 935.474, e que teve como tema as servidões legais e convencionais, bem como a distinção entre ambas. Afirmaram os julgadores que as primeiras correspondem aos direitos de vizinhança, tendo como fonte direta a própria lei, incidindo independentemente da vontade das partes. Nasceram em função da localização dos prédios, para possibilitar a exploração integral do imóvel dominante ou evitar o surgimento de conflitos entre os respectivos proprietários. As servidões convencionais, por sua vez, não estão previstas em lei, decorrendo do consentimento das partes. Reconheceram que estava incontroverso no processo que, após o surgimento de conflito sobre a construção de muro lindeiro, as partes celebraram acordo, homologado judicialmente, por meio do qual foram fixadas condições a serem respeitadas pelos recorridos para preservação da vista da paisagem a partir do terreno dos recorrentes. Não obstante inexistir informação nos autos acerca do registro da transação na matrícula do imóvel, essa composição equipara-se a



uma servidão convencional, representando, no mínimo, obrigação a ser respeitada pelos signatários do acordo e seus herdeiros.

O acórdão afirmou que o ordenamento jurídico brasileiro coíbe o abuso de direito, ou seja, o desvio no exercício do direito, de modo a causar dano a outrem, nos termos do artigo 187 do CC/02. Assim, considerando a obrigação assumida, de preservação da vista da paisagem a partir do terreno lindeiro, verifica-se que o vizinho recorrido exerceu de forma abusiva o seu direito ao plantio de árvores, descumprindo, ainda que indiretamente, o acordo firmado, na medida em que, por via transversa, sujeitaram os recorrentes aos mesmos transtornos causados pelo antigo muro de alvenaria, o qual foi substituído por verdadeiro “muro verde”, que, como antes, impede a vista panorâmica.

Este julgado é bastante interessante e elucidativo do abuso do direito. As partes firmaram acordo que fora homologado judicialmente, no qual a um dos proprietários foi garantido o direito de vista sobre determinada área, com indicação detalhada, inclusive, de altura de vão livre. No entanto, o proprietário obrigado a não impedir a paisagem decidiu por exercer um direito seu de plantio de árvores. Ocorre que tal direito de plantio foi reconhecido abusivo pelo Tribunal na medida em que impingiu aos proprietários beneficiados da vista livre as mesmas consequências do antigo muro de alvenaria, agora substituído pelo “muro verde”. O abuso, também neste caso, foi fundamentado na boa-fé.

O Recurso Especial 901.497, oriundo do Amazonas, julgado em 2008, reconheceu o abuso do direito quanto à desistência da ação. A desistência é instituto nitidamente processual, pelo que não atinge o direito material da parte, mas, apesar disto, a parte que desiste deve contar com a concordância da outra, nos termos da lei processual. Afirmou o Tribunal que a oposição ao pedido de desistência que fizer a outra parte deve ser fundamentado, sob pena de se configurar o abuso do direito.

Em recurso interposto contra acórdão proferido em ação anulatória de débito fiscal (AgRg no REsp 396.489-PR), o Tribunal reconheceu que a União Federal errou ao excetuar do benefício de alíquota reduzida determinado produtor de sementes, sem que tenha anteriormente realizado o procedimento adequado para tal fim. Afirmaram os julgadores que a União

manifesta patente comportamento contraditório, que vedado pelo ordenamento jurídico, pois a ninguém é dado *venire contra factum proprium*, caracterizando o abuso de direito. Isto porque é o registro no órgão de fiscalização competente, diante do reconhecimento da própria União do cumprimento dos requisitos legais, que faz com que a pessoa jurídica ora recorrida seja qualificada como produtora de sementes.

O Recurso Especial nº 1.096.639, julgado em 9 de dezembro de 2008, reconhece a ocorrência da *suppressio* em relação juridical de vizinhança, área do direito onde se reconhece ter nascido a teoria do abuso do direito. O conflito se instaurou em um condomínio vertical comercial que admite a existência de utilização mista de suas unidades autônomas. Um destes condôminos instalou equipamento que causava ruído. O Tribunal entendeu que o exercício de posições jurídicas encontra-se limitado pela boa-fé objetiva. Assim, o condômino não poderia exercer sua pretensão, qual seja a de usar o equipamento, de forma anormal ou exagerada, com a finalidade de prejudicar seu vizinho. Mais especificamente não se pode impor ao vizinho uma convenção condominial que jamais foi observada na prática e que se encontra completamente desconexa da realidade vivenciada no condomínio.

A “*suppressio*”, regra que se desdobra do princípio da boa-fé objetiva, reconhece a perda da eficácia de um direito quando este longamente não é exercido ou observado. Não age no exercício regular de direito a sociedade empresária que se estabelece em edifício cuja destinação mista é aceita, de fato, pela coletividade dos condôminos e pelo próprio Condomínio, pretendendo justificar o excesso de ruído por si causado com a imposição de regra constante da convenção condominial, que impõe o uso exclusivamente comercial, mas que é letra morta desde sua origem. A modificação do *quantum* fixado a título de compensação por danos morais só deve ser feita em recurso especial quando aquele seja irrisório ou exagerado. Recurso especial não conhecido.

Em julgamento que envolveu direito autoral no Recurso Especial 983.357, proveniente do Rio de Janeiro, a Relatora reconheceu a inexistência de ato ilícito nas reproduções desautorizadas de obra alheia em âmbito estritamente privado, sem que tenha havido entrega ou distribuição gratuitas e nem mesmo comercialização de mídias corpóreas, reconhecendo, ainda, a

ausência de prejuízo para os titulares de direitos autorais. A magistrada concluiu o seu voto afirmando que é abusivo o exercício do direito de autor quando pretende vedar a realização de cópias privadas feitas a partir de uma licença de uso que fora regularmente adquirida e que não teve o condão de causar qualquer impacto sobre o mercado potencial das obras reproduzidas. Esta decisão reconheceu que existe um “uso razoável” decorrente da licença de divulgação ao *public* ou “fair use”.

O abuso do direito foi reconhecido no âmbito do direito público em julgamento de Recurso em Mandado de Segurança nº 27.566, oriundo do Estado do Ceará, envolvendo concurso público para o cargo de Juiz Substituto. O cerne da questão estava no controle judicial de ato administrativo e da delimitação da extensão do juízo de conveniência e oportunidade. O controle judicial do ato administrativo deve ser limitado ao exame de sua compatibilidade com as disposições legais que lhes sejam aplicáveis, sob pena de invasão do Poder Judiciário na esfera da Administração Pública. No entanto, o Tribunal reconheceu que, uma vez demonstrado que o administrador público fixou critérios de correção desarrazoados e desproporcionais, fez inquinar o ato de irregularidade. Os julgadores reconheceram que aquela forma de proceder atentou contra a confiança do candidato no atuar da Administração e influenciou as expectativas legítimas das partes e a boa-fé objetiva, ferindo o princípio constitucional da moralidade administrativa.

Ainda no âmbito do direito público, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu como abusivo, no julgamento do Recurso Especial nº 1.229.779 proveniente de Minas Gerais, a prática pelo Prefeito de uma cidade consistente em substituir o brasão oficial por outro similar ao do seu partido político, bem como por realizar promoção pessoal irregular em serviços e obras públicas.

Um exemplo da aplicação do instituto do abuso do direito às situações existenciais se deu com o julgamento do Recurso Especial nº 1.087.163, publicado em agosto de 2011, no qual se reconheceu a preponderância da paternidade socioafetiva em razão do reconhecimento do abuso do direito.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que a paternidade biológica, apesar de importante e definidora de diversas questões fundamentais do ser

humano, não tem o condão de vincular a filiação. Afirmou que, para a prevalência da mesma, devem concorrer elementos materiais que indiquem a vontade do genitor de tomar posse da sua condição.

Com isso, os Ministros reconheceram que a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser amparada juridicamente, pois arrimada na boa-fé. A decisão do colegiado, baseada na omissão do pai biológico, aliada com a má-fé da mãe da criança, externou o entendimento de que a ninguém é dado alegar a própria torpeza em seu proveito (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) e tornou extinta a legitimidade do primeiro para pleitear o direito de alterar o registro de nascimento de sua filha biológica.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.277.762, oriundo de São Paulo, ocorrido em 2013, foi reconhecido o abuso do direito do banco que, após 40 anos de relacionamento comercial com o seu cliente, de forma imotivada, entendeu por bem rescindir o contrato de conta-corrente e, em consequência, de todos os contratos anexos que vigoravam, como cheque especial ou abertura de crédito e cartão de crédito.

O Tribunal reconheceu que não pode o banco, por simples notificação unilateral imotivada, sem apresentar motivo justo, encerrar conta-corrente antiga de longo tempo, ativa e em que mantida movimentação financeira razoável. Os julgadores reconheceram tratar-se de contrato relacional ou cativo, o contrato de conta-corrente bancária de longo tempo, pelo que não poderia ser encerrado unilateralmente pelo banco, ainda que após notificação, sem que houvesse uma motivação razoável, e que o atuar da instituição financeira contrariava o preceituado no artigo 39, IX, do Código de Defesa do Consumidor. O banco foi condenado na obrigação de fazer consistente na manutenção das conta-correntes dos autores, bem como ao pagamento de indenização por dano moral que entenderam estar configurado, porque atingida a honra dos correntistas, uma vez que o banco os deixou em situação vexatória, causadora de padecimento moral indenizável.

Note-se que o Tribunal, embora reconhecendo que o banco possui o direito de rescisão unilateral do contrato, assim como o cliente, o julgado também apontou a necessidade de apresentação de uma justificativa

razoável para a perda de interesse no contrato. Afirmou o Relator que não se configura legítimo, naquele caso, o exercício do direito de não contratar, sem que existisse qualquer alteração na situação fática das partes, afirmando a ocorrência de quebra da confiança na prorrogação do contrato.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.341.135, proveniente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o colegiado reconheceu o abuso do direito no ato de encerramento de curso superior com a consequente responsabilidade civil imposta à universidade. Sem deixar de afirmar a possibilidade de extinção de curso superior pela instituição educacional, porque é lícito o exercício de sua autonomia universitária, deve, no entanto, fornecer adequada e prévia informação acerca do encerramento do curso tal como determina o artigo 53 da lei 9394/96. O julgado afirmou a necessidade de oferta de alternativas ao aluno, com iguais condições e valores, de forma a minimizar os prejuízos advindos com a frustração que o mesmo irá suportar em não poder mais cursar a faculdade escolhida. Foi reconhecido o excesso na forma como se deu o encerramento do curso superior, caracterizando a ocorrência de abuso de direito na forma do artigo 187 do Código Civil de 2002.

Do ano de 2015, colhemos interessante julgado que afastou a ocorrência do abuso do direito no âmbito do ensino superior. Em julgamento de Recurso Especial nº 1.155.866, proveniente do Rio Grande do Sul, o Tribunal reconhecendo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação entre entidade de ensino superior e alunos, porque o contrato de prestação de serviços educacionais está sujeito às disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, e o estudante é um consumidor dos serviços educacionais, afastou a existência de ato abusivo na interrupção de prestação de serviços educacionais em virtude da extinção antecipada de curso. Baseando-se na autonomia universitária, o Tribunal afastou a ocorrência de conduta desleal ou abusiva. Reconheceu que a universidade deve prestar seus serviços na forma contratada, oferecendo salas de aula, professores e conteúdo didático-científico adequados ao bom desenvolvimento do curso universitário. No entanto, afirmou que a extinção antecipada de curso superior, ainda que por razões de ordem econômica, encontra amparo no artigo 207 da Constituição Federal e na Lei nº

9.394/1996, que asseguram autonomia universitária de ordem administrativa e financeira, motivo pelo qual a indenização por dano moral será cabível tão somente se configurada a existência de alguma conduta desleal ou abusiva da instituição de ensino. Restou provado, após a devida instrução probatória que a universidade teria comunicado previamente a extinção do curso aos alunos, bem como oferecido restituição integral dos valores pagos e oportunidade de transferência, o que demonstra transparência e boa-fé, não caracterizando, por conseguinte, nenhum ato abusivo a ensejar indenização por danos morais.

Neste caso o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito da universidade de extinguir um curso, em virtude do número reduzido de alunos matriculados, desde que não atuasse de forma desleal. Tendo se pautado pela transparência junto aos alunos, os Ministros afastaram a alegação de abuso do direito de encerramento das atividades educacionais, este com base na autonomia universitária.

Ainda em 2015, um outro exemplo de reconhecimento do abuso do direito consta no julgamento do Recurso Especial 1.518.085, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, através do qual foi reconhecida a possibilidade de quitação da dívida oriunda de contrato de alienação fiduciária de bem imóvel mesmo após o leilão, mas antes da assinatura da arrematação.

Todavia, o Tribunal entendeu que estava caracterizado o uso abusivo do direito acima mencionado, diante da utilização do inadimplemento contratual de forma consciente para, ao final, cumprir o contrato por forma diversa daquela contratada, frustrando intencionalmente as expectativas do agente financeiro e do terceiro de boa-fé, que arrematou o imóvel, afasta-se a incidência dos dispositivos legais mencionados.

Destacamos, ainda, o acórdão proferido no Recurso Especial 1.555.202, cuja Relatoria coube ao Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 2016 e relativo à possibilidade de rescisão unilateral de contrato de forma imotivada. Um dos contratantes havia realizado vultosos investimentos para a realização da atividade comercial.

No julgamento, o Tribunal concluiu que, mesmo na hipótese do ato ter sido praticado no exercício de um direito reconhecido, haverá ilicitude se o

exercício se der em manifesto abuso do direito, contrário à boa-fé, à finalidade social ou econômica do direito, ou, ainda, se praticado com ofensa aos bons costumes.

O Tribunal deixou de reconhecer a validade de cláusula contratual que previa a possibilidade de rescisão desmotivada por qualquer dos contratantes, tendo em vista que o contrato vinha sendo cumprido regular e satisfatoriamente, com resultados financeiros, inclusive, acima do esperado. Proibiu, deste modo, o uso abusivo do direito potestativo de denúncia contratual previsto no artigo 473 do Código Civil.

O acórdão, portanto, reconhece que o exercício de um direito, no caso, um direito potestativo de rescisão unilateral, não pode lesar a legítima expectativa de confiança da outra parte, que acreditou na consistência da relação jurídica e, em razão disto, realizou razoável dispêndio financeiro na atividade econômica, sendo longa relação comercial entre as partes, e cuja abrupta redução nos lucros provocaria imediatas consequências sociais e econômicas.

Por fim, cabe o registro do Recurso Especial nº 1.467.888, proveniente do Estado de Goiás, julgado ocorrido em outubro de 2016. A controvérsia dizia respeito a se saber se o manejo de habeas corpus, com o fim de impedir a interrupção da gestação da parte, interrupção esta que tinha sido judicialmente deferida, caracterizava-se como abuso do direito de ação.

O Tribunal reconheceu a existência incontestável de dano à gestante, porquanto a interrupção da gestação do feto com síndrome de “body stalk”, que era uma decisão pensada e avalizada por médicos e pelo Poder Judiciário, e ainda assim, de impactos emocionais incalculáveis, foi sustada pela atuação do autor da ação.

Consignou a Corte superior a necessidade de perquirir sobre a ilicitude do ato praticado pelo autor, buscando, na existência ou não - de amparo legal ao procedimento de interrupção de gestação, na hipótese de ocorrência da síndrome de “body stalk” e na possibilidade de responsabilização do autor, pelo exercício do direito de ação - dizer da existência do ilícito compensável. Afirmaram os magistrados que a interrupção da gravidez, nas circunstâncias que experimentou a ré, era direito próprio, do qual poderia fazer uso, sem risco de persecução penal posterior e, principalmente, com fundamento na

laicidade do Estado. Salientou o Relator que aquele que se arrosta contra o direito à liberdade, à intimidade e à disposição do próprio corpo por parte de gestante, que, por sua vez, busca a interrupção da gravidez de feto sem viabilidade de vida extrauterina, com fundamento na garantia constitucional ao próprio direito de ação e à defesa da vida humana, mesmo que ainda em estágio fetal e mesmo com um diagnóstico de síndrome incompatível com a vida extrauterina, exercita, abusivamente, seu direito de ação.

A decisão consignou que

[a] sôfrega e imprudente busca por um direito, em tese, legítimo, que, no entanto, faz perecer no caminho, direito de outrem, ou mesmo uma toldada percepção do próprio direito, que impele alguém a avançar sobre direito alheio, são considerados abuso de direito, porque o exercício regular do direito, não pode se subverter, ele mesmo, em uma transgressão à lei, na modalidade abuso do direito, desvirtuando um interesse aparentemente legítimo, pelo excesso.

A decisão, uma das mais apuradas encontradas durante a pesquisa, afirmou que “a base axiológica de quem defende uma tese comportamental qualquer, só tem terreno fértil, dentro de um Estado de Direito laico, no campo das próprias ideias ou nos Órgãos legislativos competentes, podendo neles defender todo e qualquer conceito que reproduza seus postulados de fé, ou do seu imo, havendo aí, não apenas liberdade, mas garantia estatal de que poderá propagar o que entende por correto, não possibilitando contudo, essa faculdade, o ingresso no círculo íntimo de terceiro para lhe ditar, ou tentar ditar, seus conceitos ou preconceitos. Esse tipo de ação faz medrar, em seara imprópria, o corpo de valores que defende - e isso caracteriza o abuso de direito - pois a busca, mesmo que por via estatal, da imposição de particulares conceitos a terceiros, tem por escopo retirar de outrem, a mesma liberdade de ação que vigorosamente defende para si. Dessa forma, assentado que foi, anteriormente, que a interrupção da gestação da recorrente, no cenário apresentado, era lícito, sendo opção do casal - notadamente da gestante - assumir ou descontinuar a gestação de feto sem viabilidade de vida extrauterina, há uma vinculada remissão à proteção constitucional aos valores da intimidade, da vida privada, da honra e da



própria imagem dos recorrentes (art. 5º, X, da CF), fato que impõe, para aquele que invade esse círculo íntimo e inviolável, responsabilidade pelos danos daí decorrentes.”

A pesquisa realizada para este trabalho também demonstrou a não pouco frequente confusão que se faz entre o abuso do direito e outros instituto, como, por exemplo, a colisão de interesses, notadamente em julgados que envolveram danos causados por publicações jornalísticas. Foi o que entendemos ter ocorrido no julgamento do Recurso Especial 613.374/MG, onde de um lado estava o direito de informar da empresa jornalística, e do outro lado, o direito à privacidade.

Por fim, importante consignar que ainda existem julgados que fazem referência à ocorrência de abuso do direito, quando, em verdade, o conflito colocou uma questão que encerra simplesmente a prática de ato ilícito, configurado em lei, e que não se relaciona com o ato abusivo.

Selecionamos alguns exemplos: Recurso Especial 400.983/RO, da Relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma Do Superior Tribunal de Justiça julgado em 10/04/2007, e que versava sobre o afastamento de um vereador determinado através de Portaria do Presidente da Câmara de Vereadores, ou seja, ato administrativo, sem que, para isso, houvesse concorrido a prévia deliberação em Plenário pelos demais vereadores. O ato praticado contrariou a lei e a Constituição, que afirma não ser possível ao membro do Poder Legislativo ser afastado de suas funções sem o devido processo legal.

Logo, verifica-se que o ato contrariou o comando legal, e não seu fundamento axiológico. À partida configurava-se ilícito.

O segundo exemplo está no Recurso Especial 285.618, julgado em 18/12/2008. A controvérsia estava inserida em contrato de prestação de assistência à saúde. O Tribunal reconheceu que a suspensão do atendimento do plano de saúde em razão do simples atraso da prestação mensal, ainda que restabelecido o pagamento, com os respectivos acréscimos, configura-se ato abusivo. Reconheceu, ainda, que tendo a empresa de plano de saúde negado ilegalmente a cobertura das despesas médico-hospitalares, causando constrangimento e dor psicológica, consistente no receio em relação ao restabelecimento da saúde do filho, agravado pela demora no

atendimento, e no temor quanto à impossibilidade de proporcionar o tratamento necessário a sua recuperação, deve-se reconhecer o direito do autor ao ressarcimento dos danos morais.

Embora o Tribunal tenha afirmado a ocorrência de abuso do direito, a violação praticada pela empresa de assistência à saúde foi diretamente ao texto legal que determina a necessidade de prévio aviso quando da suspensão de atendimento ou de cobertura assistencial, bem como para a rescisão por inadimplemento contratual por parte do segurado. Assim, no nosso entendimento, trata-se de ato ilícito, puramente, porque a violação ocorreu ao texto da lei e não a qualquer fundamento axiológico.

Mais um exemplo está contido no julgamento do Recurso Especial nº 1.631.329, oriundo do Rio de Janeiro, no qual os julgadores afirmaram inexistir abuso ou ato ilícito na veiculação desautorizada de imagem de uma atriz que fora brutalmente assassinada no ano de 1992, diante da relevância nacional da reportagem, na qual a imagem da mesma foi veiculada. O Tribunal concluiu que a ausência de autorização para a divulgação da imagem, naquela conjuntura fática que ficou provada no processo, não importava em ato ilícito passível de indenização.

Não há dúvida de que o instituto do abuso do direito vem sendo construído ao longo dos anos, após a promulgação do Código Civil de 2002. Igualmente percebe-se o esforço dos julgadores no sentido de relacionar as mais diversas condutas humanas às balizas constantes do artigo 187 do Código Civil. Os acórdãos antes referidos demonstram que o instituto vem sendo usado pelos Tribunais. No entanto, percebe-se, ainda, alguma hesitação, verificam-se alusões que ainda são vagas e que não colaboram para a concretização do conceito de abuso do direito. Por isso, importante a lição de Menezes Cordeiro que nos diz que o abuso é remédio para que se garanta a supremacia do sistema jurídico e da ciência do direito sobre “os infortúnios do legislador e sobre as habilidades das partes.”.<sup>63</sup>

### 3.2 OS LIMITES ELEITOS PELO LEGISLADOR BRASILEIRO EM 2002

---

<sup>63</sup> MENEZES CORDEIRO, António. Boa fé, abuso do direito e materialidade do sistema: acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa 16 de Maio 2006. In: *O direito / propr.* nº 4. Juridireito: Lisboa, 2006, p. 910.

No Brasil, o abuso do direito também é fruto de uma construção jurisprudencial e doutrinária. Como bem apontado por Heloísa Carpena, o tema não recebeu do legislador pátrio a mesma acolhida que teve em outros países, como na Alemanha, e chegou de forma tímida.<sup>64</sup>

Na vigência do Código Civil de 1916, alcançava-se o abuso do direito através de uma interpretação à *contrario sensu* do artigo 160, inciso I, que dispunha: “Não constituem ato ilícito [...] os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.”<sup>65</sup>

Da leitura e interpretação do mencionado artigo legal, extraiu-se o entendimento de que o exercício irregular ou abusivo era tido como ilícito e geraria o dever de indenizar.

Este entendimento aproximou os atos: abusivo e ilícito, reduzindo àquele ao campo da responsabilidade civil e impondo a presença do elemento culpa para a sua caracterização.

A professora Heloísa Carpena ensina que, embora esteja a teoria do ato abusivo assente em bases objetivas, o mesmo se situa no plano da ilicitude e não no plano ético.<sup>66</sup>

A interpretação da norma não concedia outra saída ao intérprete que não a de que aquele que atuava de forma irregular ou anormal e abusiva atuava de forma ilícita.

A teoria, no Brasil, cairia assim na “obscuridade”, o que se afirma pela reduzida produção científica e jurisprudencial acerca do tema.<sup>67</sup>

O instituto do abuso do direito lança luz sobre o conceito do direito subjetivo. Para a compreensão do ato abusivo, impõe-se analisar o desenvolvimento e as alterações sofridas pelo direito subjetivo, porque o abuso está intimamente ligado à relatividade do mesmo. Acresce a incidência

---

<sup>64</sup> CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 37.

<sup>65</sup> MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito*, p. 92: para o autor, foi uma inovação no sistema jurídico brasileiro que até então não contava com qualquer vestígio da teoria.

<sup>66</sup> CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos contratos*, p. 38.

<sup>67</sup> CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos contratos*, p. 38-39; AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2. ed. São Paulo: Casa Vanorden, 1923, p. 5.

de valores e princípios constitucionais que no sistema jurídico brasileiro delimitam o exercício dos direitos.

O Código Civil brasileiro de 2002 adotou o critério interno e estrutural para identificar o ato abusivo, levando em consideração o valor que é imanente a cada direito, apurando a sua ocorrência através do confronto entre o ato do exercício e o seu sentido.

É no artigo 187 do Código Civil<sup>68</sup> brasileiro que se encontra o fundamento dos limites ao exercício de um direito: a boa-fé, a função social e os bons costumes atuam para corrigir e limitar as condutas humanas.

A adoção do critério interno e estrutural para a averiguação da ocorrência de abuso, leva em conta o fundamento axiológico<sup>69</sup> de cada direito ou prerrogativa individual que, uma vez violado, abre as portas para que o sujeito entre na área da antijuridicidade.

O exercício inadmissível de posições jurídicas, na expressão de Menezes Cordeiro, é o abuso do direito materializado. O fundamento para a limitação dos direitos subjetivos e outras prerrogativas é o respeito ao direito do outro, bem como aos princípios que informam o sistema jurídico.

De acordo com o artigo 187 da lei civil brasileira, cada direito possui um espírito que deve ser respeitado pelo seu titular. O critério para a identificação do abuso que, como visto, é interno e estrutural demonstrar-se-á no desvio do direito de sua finalidade ou função social.<sup>70</sup>

A concepção adotada pelo artigo 187 do Código Civil brasileiro é objetiva, ou seja, para a caracterização do abuso do direito o sujeito não precisa ter a consciência acerca da abusividade no seu atuar.

Uma vez que sejam ultrapassados os limites insculpidos na norma legal, quais sejam a boa-fé, os bons costumes e os fins econômicos e sociais do direito surge o abuso do direito.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

<sup>69</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito, p. 57-95: “Sendo o direito subjetivo substancialmente funcional, os poderes que carrega são instrumentais.”

<sup>70</sup> COSTA, Mario Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 56-57: explicando que os poderes do titular do direito se condicionam pela função que tem este mesmo direito.

<sup>71</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 545. V.1.

Rosalice Fidalgo Pinheiro preconiza que, embora objetiva a concepção legal, não estão excluídos os parâmetros subjetivos presentes na intenção de prejudicar alguém, até porque os mesmos estão contidos nos limites apontados no parágrafo anterior.<sup>72</sup>

A ultrapassagem dos limites, parâmetros ou, ainda, balizas<sup>73</sup> insertos no artigo 187 do Código Civil brasileiro levam ao que Judith Martins-Costa chama de “exercício desmesurado ou desmedido do direito subjetivo, potestativo ou faculdade”. A autora defende que a norma insculpida no mencionado artigo da lei trata da ilicitude no modo de exercício de um direito e não se limita ao abuso, englobando, também, o exercício contraditório, quando desleal; o exercício disfuncional, apartado da função que foi atribuída pelo sistema jurídico àquele direito; e o exercício desmesurado ou desmedido. No entanto, Judith Martins-Costa reconhece “tecnicamente” a possibilidade do atuar abusivo apenas na última hipótese. No que se refere às outras duas hipóteses, exercício contraditório e exercício disfuncional, há pura ilicitude formal.<sup>74</sup>

Segundo a autora, a ilicitude presente no referido artigo 187 apenas se pode verificar *in concreto*

como resultado de uma ponderação entre os elementos circunstanciais fáticos e normativos envolventes, precisamente, deste *modo de exercício*. [...] São os elementos fáticos-contextuais que permitem descobrir, por detrás de uma atuação *formalmente* adequada, a ilicitude, no exercício, vale dizer: um modo de se exercerem direitos, poderes ou faculdades contrário aos vetores axiológicos fundamentais do sistema jurídico.<sup>75</sup>

Passamos ao exame dos limites previstos no artigo 187 do Código Civil brasileiro.

### 3.2.1 Boa-fé

---

<sup>72</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Contornos da abusividade, p. 229.

<sup>73</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 610.

<sup>74</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé*, p. 612.

<sup>75</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé*, p. 612.

A boa-fé é um dos conceitos mais importantes para o direito civil. Na lição de Menezes Cordeiro,

[s]endo uma criação do Direito, a boa-fé não opera como um conceito comum. Em vão se procuraria, nas páginas que seguem, uma definição lapidar do instituto: evitadas, em geral, pela metodologia jurídica, tentativas desse gênero seriam inaptas face ao alcance e riqueza reais da noção. *A boa-fé traduz um estágio juscultural, manifesta uma Ciência do Direito e exprime um modo de decidir próprio de certa ordem sócio-jurídica.*<sup>76</sup> (grifos nossos).

A boa fé possui reconhecidamente três funções: a interpretativa, a limitativa e a criativa de deveres anexos.

A função da boa-fé no esquema do artigo 187 do Código Civil brasileiro é a limitativa do exercício das posições jurídicas. Não se confunde com a boa fé subjetiva que significa um estado psicológico que se caracteriza pela ausência de malícia e pela crença natural e sincera de que se esteja agindo conforme o permitido pelo Direito. Exemplos da boa-fé subjetiva são encontrados, por exemplo, nos direitos reais, como a ignorância do vício na posse e no direito de família, no casamento putativo.

Da boa-fé objetiva não faz parte qualquer elemento intencional, não se trabalha com qualquer critério psicológico do agente.<sup>77</sup> Muito ao contrário, os parâmetros de comportamento do sujeito são avaliados de acordo com standards objetivos.<sup>78</sup> Deve-se ter cuidado na sua aplicação. Como muito bem salienta Menezes Cordeiro, há uma “mitificação da boa-fé”.<sup>79</sup>

Nos últimos tempos, invoca-se a boa-fé como justificativa de várias decisões, sem que, contudo, lhe seja preenchido o conteúdo ou esclarecida a sua função, ou ainda, desprezando-se a existência de regras específicas

---

<sup>76</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 17-18.

<sup>77</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord). *Novo Código Civil: questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005, p. 42.

<sup>78</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé*, p. 263.

<sup>79</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 41: “A boa fé sofre, na actualidade, as consequências do divórcio entre os discursos metodológicos oficiais e a dogmática jurídica. E de modo agravado: noção vaga, carregada de história, rica em implicações emotivas e objeto de utilização alargada, embora de contornos pouco conhecidos, ela presta-se, por excelência, a desenvolvimentos verbais, numa aporética dominada por uma linguagem grandiloquente e vazia de conteúdo.”

existentes e que deveriam atuar. Fala-se, portanto, atualmente, na banalização de seu uso, do risco de um “ocaso” do conceito e das consequências que tal atuar poderá gerar no futuro.<sup>80</sup>

Não obstante as críticas que se lançam ao uso do instituto, é inegável que a boa-fé é conceito aberto, que deve ser construído tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, conforme as circunstâncias de cada caso concreto.<sup>81</sup>

Nas palavras de Menezes Cordeiro:

A sistemática deve ser reformulada, admitindo-se um sistema aberto, móvel, heterogêneo e cibernético; a boa-fé articula-se com esta realidade, distinguindo-se das lacunas. A boa-fé traduz, no caso concreto, a projecção dos materiais relevantes do sistema, a cuja luz devem ser vistas a confiança e a materialidade da regulação jurídica.<sup>82</sup>

Segundo o autor português, o essencial acerca do exercício inadmissível das posições jurídicas é fornecido pela boa-fé, cabendo papel diferente aos bons costumes e à função social e econômica dos direitos, os quais são sempre algo exterior, que não prescrevem o teor do comportamento.<sup>83</sup>

O que deve ser consignado acerca da bitola limitativa da boa-fé é que ela passa a funcionar como *standard* de conduta coibindo os comportamentos contraditórios, desleais e duvidosos.<sup>84</sup>

Heloísa Carpena escreve que

[a] noção de boa fé é imprecisa, fluida e mutável, variando não apenas em função das transformações na ordem econômica, mas

---

<sup>80</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 121 e 125: o autor chama a atenção para o uso desnecessário da boa-fé quando se poderia, em determinados casos concretos, recorrer-se ao próprio sistema, que, na ocasião, teria regras específicas.

<sup>81</sup> REALE, Miguel. A boa-fé no código civil. *História do Novo Código Civil. Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1, 2005.

<sup>82</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 1299.

<sup>83</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 1213.

<sup>84</sup> TALAMANCA, Mario. La Bona fides nei Giuristi Romani – “Leeformeln” e Valori dell’Ordinamento. *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell’Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea* – Atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore Alberto Burdese. Padova: Cedam, 2004, p. 310. V. 4.

principalmente em atenção às incessantes e velozes mudanças culturais que caracterizam a chamada pós-modernidade. Neste cenário, torna-se praticamente impossível deixar ao legislador a tarefa de prever comportamentos socialmente desejáveis, estabelecendo contornos definitivos de licitude.<sup>85</sup>

A autora afirma a necessidade do sistema ser integrado por elementos metajurídicos que seriam responsáveis pela sua oxigenação, unindo o fenômeno jurídico ao social, político e econômico.

O exercício de uma posição jurídica deve ser orientado axiologicamente pela boa-fé objetiva que aponta como deve ser exercida uma posição jurídica: leal, proba, honesta e que inspire e mantenha a confiança.<sup>86</sup> O agir em desconformidade com esta regra de conduta faz nascer o comportamento conhecido como *venire contra factum proprium*, isto é, o exercício de uma posição jurídica em contradição com um comportamento assumido antes pelo sujeito. Veja-se que a situação envolve duas condutas, que individualmente consideradas não são ilícitas. Porém, quando da prática do segundo comportamento, fica contrariado o primeiro, chamado de *factum proprium*.

O ordenamento entende que a prática deste segundo comportamento é abusiva porque contrariou a boa-fé objetiva e o princípio da confiança.<sup>87</sup>

Através da boa-fé surgem o que Menezes Cordeiro denomina de vetores básicos do sistema, quais sejam a proteção da confiança e a materialidade subjacente. O último vetor indica que a boa-fé exige que a conduta individual ou coletiva deva ser examinada no conjunto como caso concreto, analisando-se as circunstâncias de cada caso individualmente considerado.<sup>88</sup>

Menezes Cordeiro, à propósito do princípio da confiança, afirma que o mesmo permite que se tenha um critério de decisão porque um comportamento não pode ser contraditado quando ele seja tal que suceda a

---

<sup>85</sup> CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito*, p. 80: a autora cita o professor Antonio Junqueira de Azevedo, para quem a regra genérica de boa-fé é útil como noção aberta da qual o juiz pode se valer, reconhecendo, no entanto, existir nisso certa incongruência, na medida em que a mesma imprecisão que facilita a decisão pelo magistrado é inconveniente para as partes.

<sup>86</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 901.

<sup>87</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 720 e MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé*, p. 616.

<sup>88</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé*, p. 321-322.



confiança nas pessoas.<sup>89</sup> Citando Wieacker remata que “[n]ão é disso que se trata, mas tão só, de imputar aos autores respectivos as situações de confiança, que de livre vontade, tenham suscitado.”<sup>90</sup>

Requisitos para a sua configuração são: (i) um fato gerador de confiança; (ii) a adesão daquele que confiou no fato; (iii) ato posterior feito por aquele que aderiu em razão da confiança e (iv), em razão da conduta contraditória, ocorre a supressão do fato no qual assentou-se a confiança levando ao prejuízo para aquele que aderiu por confiança.

Outros exemplos de exercícios abusivos são a inalegabilidade formal, *suppressio*, a *surrectio*, o *tu quoque* e a *exceptio doli*.<sup>91</sup>

A inalegabilidade se traduz na situação da pessoa que, por exigência do sistema, não pode beneficiar da nulidade de um negócio jurídico causada por vício de forma. Para Menezes Cordeiro, neste caso também são exigidos os quatro pressupostos da tutela da confiança acima identificados, e, além deles, devem estar em jogo apenas os interesses das partes envolvidas, a situação de confiança deve ser imputada a pessoa a responsabilizar.<sup>92</sup>

Na *suppressio*, nascida na Alemanha no final do século XIX, verifica-se a situação do direito que, não sendo exercido em certa circunstância e durante determinado tempo, não poderá mais o ser, de outro modo, sob pena de contrariar a boa-fé.

A verificação da *suppressio* impõe que haja um não exercício prolongado que gere uma situação de confiança justificada em alguém que investiu nesta confiança em prol daquele que não exerceu a conduta. Esta hipótese se concretiza através do recurso ao homem médio, normal. Outros termos foram usados para a designação que ora se comenta, tais como decadência, inibição, caducidade, preclusão e perda, mas foram reconhecidos inadequados, seja por não serem significativas do que de fato se trata, seja porque se referem a efeitos e não causas.<sup>93</sup>

---

<sup>89</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 756.

<sup>90</sup> WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1976, p. 750 apud MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. Lisboa: Almedina, 1983, p. 756.

<sup>91</sup> Para todos os conceitos e implicações, ver: MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 785 et seq.

<sup>92</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Do abuso do direito*, p. 148.

<sup>93</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Do abuso do direito*, p. 150.

Na *surrectio* ocorre uma ampliação do conteúdo obrigacional. A atitude de uma das partes gera na outra a expectativa de direito não pactuada. Há a *necessidade da presença de três requisitos*: lapso de tempo durante o qual se atua numa situação jurídica que é semelhante ao direito subjetivo que vai surgir; requer-se uma conjunção objetiva de fatores que constituam uma novo direito e impõe-se a ausência de previsões negativas que impeçam a *surrectio*. Através desta figura, ocorre não a paralisação de um direito ou da possibilidade de exigi-lo, mas o surgimento de um benefício ou direito subjetivo pelo beneficiário.

Quanto ao *tu quoque*, a figura está ligada à ideia de que a ninguém é dado alegar a própria torpeza em seu próprio benefício. Alguém que contrarie uma norma jurídica não pode, posteriormente e sem que seja considerado abuso, se prevalecer da situação daí decorrente exercer a posição jurídica violada ou exigir que outra pessoa respeite a situação violada.

Por fim, a *exceptio doli* revela-se na proteção da parte contra o dolo no exercício da posição jurídica do outro.

### 3.2.2 Fim econômico e social

O segundo parâmetro a ser analisado é o fim econômico e social do direito. A ultrapassagem dos limites impostos por este fim indicam o exercício abusivo.

Thiago Rodovalho escreve que “[p]osta assim, isto significa que o exercício dos direitos subjetivos (e das posições jurídicas) tem de ter expressão do princípio da socialidade, tem de ser exercidos em razão e nos limites da função social, o que ganha especial relevo em sede obrigacional. É, como já afirmamos acima, expressão da migração do individualismo para a sociedade.”<sup>94</sup>

Sobre o princípio da socialidade, o mesmo autor afirma que sabemos ser o homem um ser social que não pode prescindir de viver em sociedade.

---

<sup>94</sup> RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito*, p. 65.

Partindo-se desta premissa, o Código Civil de 2001 superou o caráter individualista contido na lei de 1916 e fez predominar o social.

### 3.2.3 Bons costumes

O último parâmetro eleito pelo codificador brasileiro são os bons costumes. Acerca do tema, Teresa Lopez<sup>95</sup> lembra que a cláusula entrou na teoria do abuso do direito através do sistema jurídico alemão. O parágrafo 226 do BGB, como não conseguisse explicar todos os casos de abuso, pois apenas tratava dos casos de emulação, precisou recorrer a doutrina e a jurisprudência à cláusula dos bons costumes.

A autora enfatiza que dois limites ao exercício dos direitos sempre existiram, mesmo no tempo do “voluntarismo jurídico”, quais sejam a ordem pública que se opõe à autonomia privada e os bons costumes que possuem natureza extralegal, sendo oriundos do meio social.

Bons costumes são regras não escritas de comportamento social que mostram a ética e os valores da sociedade em um determinado momento histórico.<sup>96</sup> A ausência de conteúdo específico e determinado, bem como a sua relatividade são características apontadas por Perlingieri e Menezes Cordeiro.<sup>97</sup>

Segundo Adelaide Meneses Leitão, a aplicação da cláusula geral dos bons costumes prescinde de apreciação ética-religiosa ou filosófica, exigindo “valorizações jurídicas específicas”, que podem ser obtidas de outra previsão normativa.<sup>98</sup>

A noção se altera ante às constantes mudanças por que passam as

---

<sup>95</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito, p. 59-60.

<sup>96</sup> RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução da terceira edição francesa por Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000, p. 57: com a crítica aos integrantes da escola da exegese por não enfrentarem o conteúdo da expressão bons costumes, a fim de frearem a expansão das vontades individuais.

<sup>97</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 442 e MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*. Parte geral: introdução: doutrina geral: negócio jurídico. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 243. V.1. Tomo I.

<sup>98</sup> LEITÃO, Adelaide Meneses. *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 605.

sociedades e a doutrina atribui à referida cláusula pouco importância.<sup>99</sup> Exemplo clássico citado pela maioria da doutrina é o do nobre que expulsou seu filho de casa e que, após a morte da mãe que fora sepultada no interior do castelo, proibiu que o filho visitasse o seu túmulo. O Tribunal reconheceu o abuso do direito do pai, pela violação dos bons costumes.<sup>100</sup>

De notar que na busca de uma sociedade mais solidária, na qual o bem estar social seja realmente uma legítima preocupação, com o objetivo, embora não único, mas factível, de diminuir o distanciamento social, é cada vez maior o número de direitos integrados na ordem jurídica que não são conferidos em prol de um titular, mas em favor do interesse social.

Não se pode mais admitir um paradigma individualista, sem consideração à coletividade, sem levar em consideração na prática de determinado ato igual direito que gozam outros integrantes daquela mesma sociedade.<sup>101</sup>

Deste modo, o ordenamento jurídico deve ser o reflexo de regras sociais obrigatórias, nas quais se incluiu o direito subjetivo, que assume carácter social “tanto na origem como na missão que se destina a desempenhar. O ato abusivo consiste na atuação antissocial.”<sup>102</sup>

Concluindo, o titular no exercício de uma posição jurídica deve agir até o ponto em que houver um interesse que seja justificado pela norma, pelas balizas do artigo 187 do Código Civil brasileiro.

### 3.3. AS CONSEQUÊNCIAS DO ABUSO DO DIREITO

---

<sup>99</sup> MENEZES CORDEIRO, António. O costume e os usos no século XXI. In: *ARS Iudicandi: estudos em homenagem ao prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra, 2012, p. 13-44. V. 5: o autor aponta as distinções que o costume tem sofrido ao longo dos tempos, seja quanto à duração, quanto ao âmbito de vigência, quanto à material, podendo ser público ou privado, bem como escrito ou oral.

<sup>100</sup> FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 162.

<sup>101</sup> RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito*, p. 172: “Isto significa, analisando o instituto do “abuso do direito”, que nem todos os interesses subjetivos são juridicamente protegidos, mas apenas aqueles interesses que são juridicamente *qualificados* ou *justificados*.”

<sup>102</sup> CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito*, p. 382.

Um atuar que empobrece o instituto do abuso do direito é aquele que o iguala ao ato ilícito, em virtude da identidade de consequências sancionatórias dos dois institutos.

Historicamente, a responsabilidade civil é a consequência do ato ilícito e do ato abusivo. Em razão desta identidade de consequência, a doutrina exigia a ocorrência de dano para que restasse caracterizado o abuso. Sabe-se que o dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil.<sup>103</sup>

Cunha de Sá afirma que “não é da especificidade da sanção que se deve partir para a autonomia dogmática do ato abusivo perante o ato ilícito, mas sim da construção científica do abuso do direito para a determinação da sanção.”<sup>104</sup>

Neste ponto, está de acordo com Cunha de Sá Jorge Manoel Coutinho de Abreu, que entende não ser correto partir dos efeitos para defender ou não a autonomia dogmática do abuso do direito.<sup>105</sup>

No sistema jurídico brasileiro, o dano é indispensável para fins de responsabilidade civil. No entanto, a mesma afirmação não tem cabimento quanto ao ato abusivo previsto no artigo 187 do Código Civil brasileiro.

Com esta afirmação, concordam Serpa Lopes<sup>106</sup> e Paulo Lobo para quem a incidência do artigo 187 dispensa a exigibilidade do dano, na medida em que suas consequências podem variar e transitar entre a prevenção e a inibição.<sup>107</sup>

Poderão advir do ato abusivo outras consequências para além do dever de indenizar. A sanção será aquela que possa de forma razoável atender as peculiaridades do caso concreto.

Admite-se, assim, a tutela específica contra o abuso do direito tendo sido constatado que nem sempre a indenização é eficaz. A tutela específica ou sanção *in natura* não pode ser submetida à enumeração minuciosa e

---

<sup>103</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 19. 2004.

<sup>104</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 632.

<sup>105</sup> ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. *Do abuso do direito*, p. 21, nota 23.

<sup>106</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 540. V.1.

<sup>107</sup> LOBO, Paulo Luis Netto. *Direito Civil: parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 342.

exaustiva ante a diversidade de comportamentos que podem ser tidos como disfuncionais.

Josserand defendia a existência de três grupos de sanções para o abuso do direito: (i) perdas e danos como sanção pecuniária e reparatória; (ii) medidas judiciais preventivas representativas do suprimento de vontade ou do reconhecimento de invalidades e (iii) recusa de concessão de tutela jurídica àquele titular da posição jurídica que estivesse a exercendo de forma abusiva.<sup>108</sup>

Para Cunha de Sá, as sanções devem ser determinadas “em função e de acordo com as circunstâncias específicas do comportamento concretamente assumido pelo titular do direito”.<sup>109</sup>

Outro ponto de divergência doutrinária diz respeito à possibilidade de se culminar a nulidade ao ato abusivo, isto em razão das consequências que poderão atingir o terceiro de boa-fé, que tenha sido desavisadamente envolvido.

Serpa Lopes nega a possibilidade de que seja declarada a nulidade do ato abusivo, em respeito aos interesses e direitos de terceiros que comprovadamente estejam de boa-fé.<sup>110</sup> Em posição contrária temos Orlando Gomes<sup>111</sup> e Paulo Lobo<sup>112</sup> apoiando a nulidade.

Heloísa Carpena entende que o ato abusivo teve o seu conceito ampliado e a sanção pela indenização, por isso, se mostra insuficiente para englobar as diversas situações que se colocam na vida moderna: “O forte conteúdo ético de que se reveste o instituto justifica o desfazimento do ato e não apenas o ressarcimento do lesado, cujo caráter egoístico não se coaduna com a construção da teoria.”<sup>113</sup>

Segundo ensina Menezes Cordeiro, as consequências do abuso do direito podem variar entre a supressão do direito; a cessação do exercício

---

<sup>108</sup> JOSSERAND, Louis. Relatividad y abuso de los derechos. In: *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Bogotá: Temis, 1982, p. 1-29.

<sup>109</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 647-650.

<sup>110</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*, p. 541.

<sup>111</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 122.

<sup>112</sup> LOBO, Paulo Luis Netto. *Direito Civil*, p. 343.

<sup>113</sup> CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos contratos*, p. 66.

abusivo, com a manutenção do direito; e o dever de indenizar se presentes os pressupostos da responsabilidade civil.<sup>114</sup>

Adelaide Meneses Leitão chama a atenção para o fato de que admitir ao abuso consequência indenizatória “implica o alargamento do direito delitual para comportamentos contrários aos bons costumes e à boa fé.”<sup>115</sup>

Antunes Varela igualmente amplia os efeitos do abuso do direito para além da responsabilidade civil e os faz depender da natureza da violação cometida. Defende tanto a anulação quanto a inoponibilidade, bem como a cessação do exercício do direito e o retorno das partes ao *status quo ante*. O autor apresenta uma síntese lapidar da teoria do abuso do direito na atualidade:

Estes e outros exemplos que poderiam ser facilmente coligidos no mesmo sentido bastam para mostrar a extraordinária riqueza que, também nesse aspecto, reveste a figura do *abuso do direito*. Nela encontrarão assim os jovens investigadores brasileiros um tema digno de reflexão, seja pelo *terreno* em que se situa, no coração dos *direitos do homem*, seja pelos *valores essenciais* com que se defronta, no conflito entre o *arbítrio do cidadão* e os *valores éticos* da ordem jurídica, seja enfim pela delicadeza da *construção*, numa zona de luta aberta entre a *rigidez lógica* do positivismo e o idealismo sociológico das novas correntes do pensamento jurídico.<sup>116</sup>

Ainda que se defenda, como faz este trabalho, que o ato abusivo se enquadra em uma nova categoria de antijuridicidade, dele não se retira a consequência indenizatória, reconhecendo-se que o abuso é fundamento da responsabilidade objetiva, uma vez que se dispensa a presença da culpa para a sua caracterização. Aqueles que defendem opinião em contrário, isto é, de que a responsabilidade decorrente do artigo 187 do Código Civil é subjetiva, o fazem por causa de sua localização no título relativo aos atos ilícitos.

Por fim, saliente-se que, diferentemente do que ocorre com o ato ilícito, o ato decorrente de abuso do direito não enseja responsabilidade penal no sujeito, uma vez que o mesmo é atípico, ou seja, se revela pela

---

<sup>114</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Do abuso do direito*, 2010, p. 173.

<sup>115</sup> LEITÃO, Adelaide Meneses. *Normas de protecção*, p. 613.

<sup>116</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro. Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro*, Rio de Janeiro, v. 1 , p. 59, 1982.

disformidade valorativa e não pela contrariedade à específica disposição legal, o que o impede de ser previamente enquadrado como fato criminoso.



#### 4 A CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO

O termo abuso é originário do verbo latim “abutor”, que significa abusar e que, por seu turno, representa o fazer mau uso, o exceder-se no uso, o usar em demasia, ir além do que é considerado sensato ou conveniente e exceder-se.

Como já expressei, a teoria do abuso do direito é resultado de um duro trabalho dos Tribunais, bem como da doutrina que desenharam os seus contornos, permitindo, assim, o estabelecimento de sua autonomia dogmática. Desse modo, o conceito e a extensão do abuso do direito variam de acordo com o entendimento e o posicionamento daqueles que ao longo dos anos construíram as bases teóricas do instituto, como variaram desde a negação da existência do abuso do direito, passando pela sua conformação em outra categoria já existente no ordenamento jurídico, como a responsabilidade civil, ou remetendo-o à uma saída fora do direito, ao vê-lo como um corretivo postulado pela moral ou ainda como um fenômeno jurídico. Todas estas teorias tinham em comum o fato de impor ao direito subjetivo um limitador externo.<sup>117</sup>

Josserand, autor da tese finalista acerca do abuso do direito, foi o responsável por impulsionar a teoria e esclarecer que as prerrogativas tituladas pelos diversos sujeitos numa sociedade possuem uma origem social e um fim próprio, que subjuga aquela outra que possua caráter egoísta, tudo em prol da coletividade, nascendo a abusividade sempre que se desvie deste espírito.<sup>118</sup>

Posteriormente, a doutrina concluiu que no abuso não se trata de verificar a existência de limites externos, mas sim internos e diretamente ligados à função do direito subjetivo, sendo inegável a importância de Josserand para o desenvolvimento da teoria do abuso do direito.

A transição das teorias objetivistas ocorreu pela consideração do fundamento axiológico-normativo. Concedendo tratamento autônomo ao

---

<sup>117</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contornos da abusividade*, p.222: “Eis que as teorias até então desenvolvidas encaram a abusividade como um acidente que acrescia ao Direito subjetivo, no momento do seu exercício, um limite externo, verificando-se uma independência entre ambos. Aquela não é delineada como um fenômeno que reage sobre o próprio fundamento e sentido do Direito subjetivo.”

<sup>118</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 863.

abuso do direito, Castanheira Neves e Cunha de Sá desenvolveram a ideia de que o limite do direito subjetivo é o fundamento axiológico do instituto.

Na lição de Castanheira Neves:

o exercício abusivo deixou de ser tão-só um acidente que poderia acontecer no uso dos direitos, para ser uma possibilidade normativa que lhes ia inerente, ou fundada no próprio sentido constitutivo dos direitos suscetíveis dessa censura. [...] Um comportamento que tenha a aparência de licitude jurídica – por não contrariar a estrutura formal-definidora (legal ou conceitualmente) de um direito, à qual mesmo externamente corresponde –e, no entanto, viole ou não cumpram, no seu sentido concreto-materialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício, é o que juridicamente se deverá entender por exercício abusivo de um direito.<sup>119</sup>

Castanheira Neves reconhece duas ilicitudes: uma formal e outra material, sendo esta última a que caracteriza o abuso do direito.

Na esteira da ideia de que o abuso do direito é a violação de um limite imanente que dá fundamento ao direito subjetivo e não mais apenas um acidente, Cunha de Sá aponta o critério para a caracterização do abuso do direito que é o ato de colocar a estrutura do direito subjetivo a serviço de realizar um valor distinto do fundamento axiológico que é interno a tal direito, sendo que a estrutura formal do direito encontra-se preservada e fica encoberta a violação.<sup>120</sup> O autor português afirma que as resistências que se verificam ao longo da construção da teoria científica do abuso mostram a impossibilidade de encontrar um local apropriado para o valor imanente existente na própria estrutura do direito subjetivo, sempre que o mesmo for pensado em termos absolutos, o que fecha o espaço geográfico do abuso e não permite o reconhecimento de um fundamento valorativo do direito subjetivo, não tanto porque não se reconheça a axiologia normativa, mas porque se sobrepõem o fundamento e a estrutura.<sup>121</sup>

Daí a importância de que a juridicidade do abuso seja entendida como advinda do valor existente no interior do direito subjetivo. Esta é a

---

<sup>119</sup> NEVES, Castanheira. *Questão-de-facto-questão-de-direito*, p. 522-524.

<sup>120</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 456: afirmando que o critério a ser adotado na identificação do abuso é interno e estrutural.

<sup>121</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 457.

especificidade do abuso do direito: aparentemente se está em conformidade com a estrutura formal do direito, mas que no seu exercício perde ou se afasta do seu fundamento axiológico. Tem-se um direito apenas formalmente, que não o é, materialmente.

Havendo um excesso no exercício do direito, os limites do direito são ultrapassados, sendo que estes são determinados pelo fundamento axiológico de cada direito. Tal significa dizer que o abuso surge no interior do direito todas as vezes que se identificar um descompasso no sentido teleológico que fundamenta o direito subjetivo.<sup>122</sup>

Segundo o entendimento de Cunha de Sá, o ato abusivo é apenas aparência do exercício de um direito, além de se constituir um terceiro gênero entre o ato lícito e o ato ilícito. O entendimento é orientado pela premissa de que o direito subjetivo é uma estrutura formal munida de valores.

Levando em consideração tal premissa, para que se exerça legitimamente um direito, além de respeitar a sua estrutura formal, o sujeito também deve obedecer ao seu fundamento axiológico que faz com que o sistema jurídico o reconheça e o proteja.

No moderno conceito de Menezes Cordeiro, o abuso do direito é o exercício inadmissível de posições jurídicas. O autor critica a contraposição entre as teorias internas e externas formuladas acerca do abuso, sobre as quais afirma o autor que, por demandarem um trabalho interpretativo, indicam a própria negativa da autonomia do abuso do direito.<sup>123</sup>

Segundo as teorias internas, o abuso pode ser encontrado no conteúdo do direito subjetivo e se revela através de cada caso concreto. Quanto às externas, o abuso estará presente na contrariedade entre as normas que garantem o direito com determinado conteúdo e outras que, por sua vez, delimitam o seu exercício.<sup>124</sup>

Para Menezes Cordeiro, que discorda de ambas as teorias, o erro está na dificuldade em dar conteúdo material prévio às proposições, o que ocorre em virtude da pouca consideração histórica e científica acerca da matéria, o

---

<sup>122</sup> CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito*, p. 370: “O fim – social ou econômico – de um certo direito subjetivo não é estranho à sua estrutura, mas elemento de sua própria natureza.”

<sup>123</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 869-872.

<sup>124</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 866.

que enseja a doutrina a se apegar ao único ponto concreto existente ou, nas palavras do autor, ao “único elemento sólido visível”, que é o direito subjetivo.<sup>125</sup>

Reconhecendo a dominância das teorias internas, o autor critica as posições de Castanheira Neves e de Cunha de Sá que entendem o abuso do direito como sendo o abuso da estrutura formal posta a serviço de um valor diverso ao fundamento axiológico que é imanente ao direito. Reforça que o axiologismo formal não possui ou possui poucos elementos jurídicos, o que faz com que o desenvolvimento da teoria do abuso seja falho e irrecuperável e redunde em mais um fator de interpretação.

Menezes Cordeiro, então, pontua:

Afirmados valores inerentes aos direitos subjectivos dão, quando violados, lugar ao abuso do direito. Quais sejam esses valores ou qual seja a via para, a partir de cada estrutura jussubjectiva formal, os confeccionar com um conteúdo material, é pergunta sem resposta. No fundo, não se pretende solucionar, em concreto, o abuso mas, tão só indicar-lhe uma geometria teórica. É o axiologismo formal.<sup>126</sup>

Segundo o autor, o instituto jurídico autônomo chamado exercício inadmissível das posições jurídicas - como o abuso do direito - será reconhecido sempre que a análise das decisões judiciais, submetidas à Ciência do Direito, revelar a existência de limitações que sejam irreduzíveis às restrições comuns, devendo afastar-se as deduções e basear-se na busca pelo sentido material do abuso. O abuso do direito para Menezes Cordeiro está na disfuncionalidade do comportamento do sujeito que esteja exercendo o seu direito, embora de acordo com o direito objetivo, sem se coadunar com o sistema no qual está integrado este mesmo comportamento.

Concluindo, o autor afirma que, enquanto o direito subjetivo se mantivesse com teor absoluto e vinculado aos postulados da civilística clássica, haveria a própria negação do abuso do direito. Necessário introduzir no direito subjetivo elementos da ordem pós-liberal, tais como a liberdade e a

---

<sup>125</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 879 e 1294: “O abuso do direito deve ser visto como uma disfuncionalidade intra-subjectiva, traduzindo uma aspiração juscultural de integração sistemática”.

<sup>126</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 871.

consideração social, a cooperação, a responsabilidade e de deveres imanentes, como, por exemplo, a função social.<sup>127</sup>

A teoria do abuso do direito forçou a revisão do conceito de direito subjetivo, de forma a relativizá-lo,<sup>128</sup> na medida em que a caracterização do ato abusivo depende da existência de limites ao exercício das posições jurídicas, aqui entendidas para além do direito subjetivo e alcançando outras prerrogativas individuais, como faculdades, liberdades, funções e poderes.

Na defesa da autonomia do abuso do direito, posição firmemente defendida neste trabalho, está a de afastar dos contornos e do conteúdo do ato abusivo a intenção de prejudicar que é ligada à culpa, retirando-o dos limites da responsabilidade civil.<sup>129</sup>

Pedro Batista Martins afirma que o abuso não pode ser assimilado à noção clássica de culpa e nem com a de ato ilícito (porque não é um delito ou um quase delito).<sup>130</sup> O citado autor, no entanto, não afasta o abuso do direito da ideia de responsabilidade civil, exportando-o para o campo da responsabilidade sem culpa derivada da complexidade dos fenômenos sociais. Confina o efeito do ato abusivo à indenização. Defende que abuso é espécie de ato ilícito e que cabe à teoria da responsabilidade civil, mas com contornos mais modernos.<sup>131</sup>

O ato abusivo deve ser avaliado concreta e objetivamente.<sup>132</sup> Não se verifica a intenção de prejudicar, mas apenas a violação dos limites impostos pela boa-fé, fim econômico e social e pelos bons costumes.

---

<sup>127</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 666.

<sup>128</sup> CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos*, p. 56.

<sup>129</sup> JOSSEAND, Louis. *Relatividad y abuso de los derechos*. In: *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Bogotá: Ed. Temis, 1982, p. 1-29: lembre-se da influência de Josseand na doutrina moderna até a presente data. Para o autor francês, há abuso quando o titular do direito o utiliza contra a finalidade social ou contra o interesse coletivo. Embora não admitindo a autonomia do abuso do direito e inserindo-o na responsabilidade civil, formulou a teoria finalística, que dispensava a aferição da culpa do agente, exigindo apenas a aferição da sua conduta objetiva contra o direito.

<sup>130</sup> MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito*, p.159: o autor entende, no entanto, o ato abusivo como uma espécie de ato ilícito.

<sup>131</sup> MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito*, p. 157: “A revisão do conceito tradicional de responsabilidade impõe-se porque, na estreiteza de seu âmbito, não pode caber a teoria do risco causado, nem a da imprevisão, nem a do abuso do direito.”

<sup>132</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Do abuso do direito*, p. 172: para o autor, o abuso é um instituto objetivo, não dependendo da culpa do agente ou de qualquer outro elemento objetivo, cuja presença apenas poderá contribuir para as consequências a

O que se releva no estudo do abuso do direito e no caminhar para que o instituto seja entendido como cientificamente robusto e bem fundamentado é basear a sua caracterização no respeito aos direitos do outro e aos valores fundamentais do sistema jurídico, tais como a boa-fé, os bons costumes e a solidariedade.

O direito, para o seu desenvolvimento e organização, construiu categorias jurídicas relativamente definidas visando, sobretudo, a estabilidade e a segurança da sociedade.

Uma das categorias construídas e que foi mais importante para o direito civil foi a de direito subjetivo, cuja noção consagra o reconhecimento do poder jurídico da vontade individual que, através do exercício deste direito subjetivo revela a influência dos ideais liberais e do individualismo na vida em sociedade.

Nesta esteira, o surgimento da teoria do abuso do direito ao final do século XIX, ao menos em uma visão mais próxima do que a conhecemos atualmente, foi uma ruptura importante na visão tradicional do direito subjetivo. A teoria do abuso surgiu como uma reação da jurisprudência francesa à simples aplicação da norma legal que concedia ao direito subjetivo carácter absoluto e cujo exercício revelava a expressão de um poder individual praticamente ilimitado.

Castanheira Neves observa que a visão tradicional da teoria das fontes apontava para uma repartição funcional através da qual o legislador cria o direito e o juiz o aplica e o conhece. Com a evolução da ciência jurídica, não se retirou do legislador a prerrogativa de legislar criando o direito, no entanto, não se trata mais de um poder exclusivo, o que afasta o juiz do papel de mero aplicador do direito e o coloca como participante da criação das fontes do direito.<sup>133</sup>

Para que se dê o exame do abuso do direito, as definições de direito subjetivo e de ilicitude são de valiosa importância, sobretudo porque se deseja defender a sua autonomia perante o ato ilícito.

---

serem aplicadas. Mas note-se que, para o autor, não se deve verificar o abuso em cada caso concreto ou em cada direito subjetivo.

<sup>133</sup> NEVES, Castanheira. *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 261: o autor aponta a importância dos juízes concorrendo com outras fontes do direito, ressaltando a importância dos precedentes judiciais, mesmo nos países de direito legislado.

Várias foram as concepções desenvolvidas ao longo dos tempos pela ciência jurídica acerca do direito subjetivo, sendo que todas contêm a noção de expressão de um poder individual, sendo que é quanto a este aspecto que a teoria do abuso se confrontou ao final do século XIX.

Os casos jurisprudenciais célebres ocorridos na França, tais como o do proprietário que pretendeu construir chaminé falsa apenas para prejudicar a iluminação da casa do seu vizinho, conhecido como caso Doerr e o caso Clément-Bayard, do proprietário que instalou em seu terreno espigões de ferro para destruir os aerostatos do seu vizinho, levaram a uma preocupação com a definição de limites ao exercício dos direitos subjetivos. Daí surgiram disposições legislativas relativas à limitação do exercício dos direitos, como é exemplo o § 226 do BGB, que previu que o exercício de um direito é inadmissível quando só pode ter por fim causar dano a outra pessoa.

Cabe à ciência do direito perseguir elementos que conservem o direito, bem como que garantam a consecução de seus fins. Nesta esteira, a teoria do abuso do direito permite a identificação de situações nas quais o abuso é identificado, rejeitado e sancionado, contendo uma eficácia negativa de rejeição do abuso, bem como estabelece medida para o exercício dos direitos através dos limites declinados na lei, apontando para uma eficácia positiva através de deveres que devem ser observados pelo titular do direito subjetivo.

Numa sociedade que vive com um aumento constante de complexidade em suas relações interpessoais a renovação do direito é exigência fundamental. Esta renovação se faz, também, através do confronto entre postulados antigos do direito privado e das exigências de justiça social.

No direito civil, a cláusula geral foi um elemento que ajudou a promover a revisão de seus institutos. A previsão das normas gerais aponta para a abertura do sistema jurídico através da consideração de fatores que antes não estavam previstos na norma, mas que são importantes para a formação do seu sentido e também para a sua aplicação. Busca-se a solução justa, ou seja, aquela que melhor adeque a situação concreta e a norma. É nesta atividade de interpretação e aplicação das normas, que desafiam os juristas atualmente, que se pretende gerar a confiança na atividade de

criação do direito pelo juiz partindo-se do caso concreto, utilizando-se todas as fontes, e não apenas a lei.

Surge o abuso do direito como um corretivo ao exercício desmedido dos direitos. Não se repete na atualidade o entendimento que teve a teoria do abuso do direito no passado, exclusivamente vinculada à intenção de prejudicar. Forçosa é a sua releitura. Atualmente, o instituto surge como exemplo dos desafios do direito privado, pois o abuso se desvincula da concepção subjetiva, que demandava a presença de culpa para a sua caracterização e transmuda-se para uma concepção objetiva, exigindo unicamente a caracterização da conduta que viola os limites impostos ao exercício do direito.

Existe a necessidade constante de se observar uma direção axiológica para cada direito. Os critérios para a definição do caráter abusivo de uma conduta convertem-se em um padrão ou *standard* que deve ser seguido por todos.

No Brasil, com a edição do Código Civil de 2002 e a previsão acerca do abuso do direito constante do artigo 187, que apontou o ato abusivo como sendo um ato ilícito, torna-se importante retomar a discussão sobre a relação entre as definições de ato abusivo e de ilicitude. O reexame dos seus pressupostos de caracterização torna-se imperioso, de maneira a que se decida em qual direção se fará a interpretação do artigo 187.<sup>134</sup>

As divergências doutrinárias em torno do instituto do abuso do direito colocam em destaque a dificuldade de se classificar o ato abusivo.

No direito brasileiro, abuso e ilicitude sempre andaram juntos, sobretudo em razão da interpretação a *contrario sensu* do artigo 160, inciso I,

---

<sup>134</sup> De um lado estão os que defendem que a norma legal trata do abuso em sua concepção objetiva, que dispensa a culpa ou o dolo para sua caracterização. De outro, estão os que entendem a previsão normativa não como abuso, mas como uma nova espécie de ilicitude a qual denominam objetiva, como por exemplo Judith Martins-Costa em “A ilicitude derivada do exercício do contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, n. 97, p. 143-169, mar. 2005. Além disso, temos o posicionamento de quem entende que não há uma interpretação que possa unir em um único instituto os limites previstos no artigo 187, entendimento este de Oliveira Ascensão em “A desconstrução do abuso do direito” em DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord). *Novo Código Civil: questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005.



do Código Civil de 1916, constando de interpretações doutrinárias clássicas.<sup>135</sup>

Neste trabalho de caracterizar e entender o abuso do direito, é fundamental que se examine institutos e teorias nascidos no passado, juntamente com os aspectos sociais, políticos, econômicos e jurídicos então existentes. Não é possível interpretar uma realidade atual sem fazer as ligações com o seu desenvolvimento histórico, bem como sem conhecer os novos e diferentes contextos existentes.

Para falar do abuso do direito é necessário compreender a evolução do conceito de direito subjetivo. Da mesma forma, é preciso discutir o conceito de ilicitude, na medida em que o artigo 187 do Código Civil estabeleceu, a nosso ver equivocadamente, uma identidade entre ato abusivo e ato ilícito.

#### 4.1 A CATEGORIA DO DIREITO SUBJETIVO NO DIREITO PRIVADO

O direito subjetivo é um conceito central no sistema jurídico brasileiro. Por isso, a sua identificação é tão importante para que se compreenda o abuso do direito.

No direito romano, a doutrina majoritária afirma que não existia noção de direito subjetivo, não com o significado que adquiriu na modernidade. Para os romanos, o direito era algo externo, estranho ao sujeito, isto é, não era uma qualidade sua, ou ainda, não era algo do qual o sujeito fosse titular. O direito era um fenômeno que se originava de experiências práticas.

A noção do direito subjetivo foi se desenvolvendo na Idade Moderna dirigindo-se para a noção de um poder pessoal do indivíduo, a ser exercido de acordo com a sua vontade.

A origem do conceito moderno de direito subjetivo se deu com o nascimento da escola jusracionalista, que tinha como objetivo a construção

---

<sup>135</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil*, p. 93.

de um direito “supraconfessional, deduzido da tradição da teologia moral.”<sup>136</sup> O homem que exerce os poderes jurídicos de acordo com a sua vontade é o centro da ideia do direito subjetivo. O que a escola jusracionalista fez foi sedimentar a noção de direito como faculdade humana ou como expressão da liberdade humana.

A pergunta que surge é: como harmonizar estas liberdades? Apenas com a sua limitação. Mas como se estabelecer esta limitação?

O fundamento teórico sobre o qual se baseará a concepção moderna de direito se encontra em Kant, na separação que fez entre direito e moral. Para ele, a noção de direito se apoia na possibilidade de coerção exterior, ou seja, a noção de direito não ocorre no âmbito da consciência ou de uma vontade ética, mas sim pela consciência de que apenas se pode impor aquele direito pela força.

O direito se afasta da tradição clássica em que era a coisa justa e se incorpora à ideia de poder sobre o sujeito, e daí a conclusão de que apenas será direito aquilo que se possa exigir dos indivíduos de forma coercitiva.

Apenas após a escola jusracionalista, é que o direito se subjetiva e é compreendido como expressão do poder da vontade individual. O reconhecimento do direito subjetivo desta forma – poder da vontade individual – é fundamental para que se admita que o seu exercício seja irregular.

O reconhecimento do direito subjetivo como um poder do indivíduo deverá se coadunar não somente com a previsão legal correspondente, mas obter uma justificação que alcance a sua finalidade, ou seja, que demonstre a razão de ser da sua concepção.<sup>137</sup>

Admitir que os direitos subjetivos são criados considerando determinadas finalidades, que justificam a sua existência e, ainda, limitam o seu exercício, faz com que seja preciso distinguir entre titularidade do direito e seu respectivo exercício, sendo certo que este se submete apenas aos limites estabelecidos no momento em que o direito foi concebido e não ao arbítrio da vontade. Porque são derivados do ordenamento jurídico, os

---

<sup>136</sup> WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1980, p. 325.

<sup>137</sup> MACHADO, João Baptista. A cláusula do razoável. In: *Obra dispersa*. Scientia Jurídica. Braga, 1991, p. 464. V. 1.

direitos subjetivos não podem contradizê-lo, devendo atender à finalidade imposta para eles, bem como outros parâmetros que eventualmente tenham sido indicados.

#### 4.2 SITUAÇÕES JURÍDICAS ABRANGIDAS PELO ABUSO DO DIREITO

A visão constitucional do direito civil identifica no abuso do direito um distanciamento entre o exercício do direito e o valor que o ordenamento jurídico pretende salvaguardar.

No Brasil, desde que se deu a socialização do direito através da promulgação da Carta Magna de 1988, bem como a partir do momento em que se consolidou a ideia de que o direito não pode ser considerado de forma isolada sem que se tenha em conta a sua finalidade, entendeu-se que a qualificação do abuso não poderia se restringir à estrutura formal do direito.

Ocorre que a violação à estrutura formal do direito aponta para a ocorrência de ato ilícito. Não é esta a localização do abuso, como se defende neste trabalho, mas sim na esfera axiológica, no valor que é inerente a cada direito.

Assim, estando o problema do ato abusivo no campo do valor normativo que fundamenta o direito, não há razão para restringir o abuso do direito apenas ao direito subjetivo, excluindo-se prerrogativas, direitos potestativos, faculdades, liberdades, etc.<sup>138</sup>

Os valores eleitos pelo ordenamento constitucional como capazes de traduzir o que se pretende como sociedade devem ser demonstrados por qualquer atuação e não apenas por aquela traduzida através de um direito subjetivo.

---

<sup>138</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 549: “a juridicidade desinteressar-se-ia da desconformidade da actuação de toda e qualquer prerrogativa do sujeito ao elemento valorativo que a informa e orienta, *porque tal prerrogativa, não sendo um direito subjectivo, não poderia ser contrária ao direito senão em termos de ilicitude.*” (grifos no original)

Assim, qualquer prerrogativa jurídica pode ser submetida a um exercício, seja por ação ou omissão, que esteja em contrariedade com o valor concreto que materialmente a embase.

A defesa deste alargamento importa em aplicar o instituto do abuso à situações que postulam apenas o controle formal, escapando-se aquelas orientadas pelo elemento teleológico.<sup>139</sup>

Por outro lado, note-se que não é correto analisar uma situação jurídica de forma estanque e absoluta como sendo ou ativa ou passiva. Ainda que seja possível imaginar uma situação jurídica simples que gere apenas direitos<sup>140</sup> ou deveres, a grande maioria das situações jurídicas se apresentam complexas. Explica-se: as situações jurídicas apresentam aos seus titulares posições de direitos cumulados com deveres. Porém, mesmo naquelas onde se identifique apenas uma situação jurídica simples é possível verificar a ocorrência de abuso.<sup>141</sup> E isto é assim porque as limitações de conteúdo, como, por exemplo, a boa-fé, estarão sempre presentes.

Pode ser que numa situação jurídica sejam preponderantes os direitos, sendo, por isso, considerada ativa, e numa outra preponderem os deveres, sendo encarada como passiva, mas em ambas pode existir a concomitância de polos.<sup>142</sup>

Com efeito, a doutrina afirma que o abuso do direito abrange os direitos subjetivos, e todas as espécies de situações jurídicas subjetivas.<sup>143</sup>

Assim sendo, as situações jurídicas formam um conjunto de deveres e direitos e referem-se a um determinado centro de interesses.<sup>144</sup>

---

<sup>139</sup> CARDOSO, Vladimir Mucury. *O abuso do Direito*, p. 91.

<sup>140</sup> Exemplo é o artigo 313 do Código Civil de 2002: “O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.”

<sup>141</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 898.

<sup>142</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil*, p. 677: “No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas o interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte as hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações e ônus.”

<sup>143</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 898; PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil*, p. 683; CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito*, p. 417.

<sup>144</sup> A este respeito, PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil*, p.734: “A ligação essencial do ponto de vista estrutural é aquela entre centros de interesses. O sujeito é somente um elemento externo à relação jurídica porque externo à situação: é somente o titular, às vezes ocasional, de uma ou de ambas as situações que compõem a relação jurídica; de maneira que não é indispensável referir-se à noção de sujeito para individuar o núcleo da relação jurídica. O que é essencial é a ligação entre um interesse e um outro, entre uma situação determinada ou determinável e uma outra.”

Como muito bem pontuado pelo mestre Gustavo Tepedino:

A rigor, todas as relações jurídicas são formadas por situações jurídicas subjetivas, centros de interesse juridicamente protegidos, cujos titulares são os sujeitos de direito. O direito subjetivo nada mais é do que uma espécie importantíssima de situação jurídica subjetiva e, como tal, deve ser associado necessariamente à noção de interesse e de titularidade. Em razão disso, deve se preferir a expressão situação jurídica subjetiva a direito subjetivo, de modo a evitar o equívoco de reduzir o tem à problemática dos direitos subjetivos.<sup>145</sup>

Note-se que, embora o artigo 187 do Código Civil Brasileiro tenha se referido expressamente ao vocábulo “direito”, tal constatação não enfraquece ou afasta o entendimento de que o abuso do direito extrapola o direito subjetivo e alcança toda e qualquer situação jurídica subjetiva.

O ponto diferencial das situações jurídicas subjetivas diz respeito à sua estrutura, ao passo que a verificação da ocorrência do abuso do direito leva em conta a função destas mesmas situações jurídicas e o distanciamento que o ato praticado pelo agente se encontra do valor normativo da norma. Portanto, inexistente razão para afastar a possibilidade de exercício abusivo qualquer situação jurídica que entregue ao seu titular uma vantagem.<sup>146</sup>

O abuso no exercício de posições jurídicas extrapola o direito subjetivo e engloba liberdades, faculdades, poderes, direitos potestativos, o que nos força a um olhar menos parcial e mais global das situações subjetivas que não são apenas direitos ou deveres, mas sim situações complexas.<sup>147 148</sup>

---

<sup>145</sup> TEPEDINO, Gustavo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (coord). *Comentários ao Código Civil: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25. V. 14.

<sup>146</sup> CARPENA, Heloísa. Abuso do direito, p. 417: “Quer se trate de liberdades, faculdades, ou poderes, todos constituem vantagens, cuja configuração depende, em última análise, da estrutura qualificativa da norma jurídica. Logo, em reação a qualquer situação subjetiva será admitida a figura do abuso do direito, visto que nenhuma delas jamais será desprovida de fundamento axiológico.”

<sup>147</sup> Neste sentido: MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito, p. 57/95; LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito, p. 56; SOUZA, Eduardo Nunes. Abuso do Direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, v. 50, p. 61, abr./jun. 2012; MARTINS, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 1997, p. 171; AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito Civil – Introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 206-207; MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 898; VARELA, João de Matos Antunes. O abuso do direito, p. 48.

<sup>148</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Contornos da abusividade, p. 229: tanto para concordar com a extensão do campo de abrangência da teoria para além dos direitos subjetivos, mas, também, apontando que, tradicionalmente, a doutrina francesa excluía os direitos potestativos da teoria do abuso do direito. No entanto, desde

Deve ser feito, no entanto, o registro do posicionamento contrário titulado por Oliveira Ascensão acerca deste tema:

O abuso nasceu da problemática específica do direito subjetivo. Poderá abranger situações jurídicas equivalentes, mas não poderes genéricos como a faculdade de contratar, cuja distinção da própria categoria da capacidade é difícil. Estas reclamam modos específicos de reação, que não se confundem com os que foram desenvolvidos a propósito do exercício dos direitos subjetivos.<sup>149</sup>

Também San Tiago Dantas entende que as faculdades jurídicas ou direitos potestativos não se submetem ao abuso do direito porque a eles não se opõem qualquer dever jurídico. O autor exemplifica com a vedação imposta a alguém de testar, alegando que aqui se tolhe a liberdade que é, em verdade, um direito subjetivo.<sup>150</sup>

Com o fim de afastar definitivamente a ideia de que o abuso não alcança os direitos potestativos, Cunha de Sá nos fornece o exemplo da pessoa que está exercendo a sua liberdade de circulação dentro de um espaço geográfico determinado, por exemplo, na cidade onde reside. Diz o autor que, neste caso, o transeunte pode estar simplesmente passeando, pode estar, por outro lado, infringindo prisão domiciliar ou, ainda, exercendo o seu direito de andar, mas de forma agressiva, esbarrando, constrangendo e até machucando as pessoas. Nesta última situação, é possível identificar o abuso do direito.<sup>151</sup> Através do exemplo, o autor português nos ensina que a ofensa ou lesão pode ser resultado de uma violação estrutural dos direitos ou liberdades ou de uma violação apenas ao fundamento axiológico que informa os direitos ou as liberdades, sendo certo que no primeiro caso temos a ilicitude formal e no segundo a abusividade.

---

quando se iniciou um movimento para funcionalização de tais direitos, os conceitos se alteraram e passou-se a admiti-los como submetidos à teoria.

<sup>149</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito, p. 65-66.

<sup>150</sup> SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. *Programa de Direito Civil*, p. 321.

<sup>151</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 617-618: “ora, se bem que formalmente o sujeito possa estar a exercer a liberdade de movimentos que lhe assiste como prerrogativa jurídica, a verdade é que o seu comportamento choca, pelo menos, com o valor que funda essa mesma faculdade, pois ela não lhe foi reconhecida para que com o seu exercício moleste propositadamente os restantes transeuntes; como diz a nossa Constituição Política (artigo 8.º, I), ao fazer a enumeração exemplificativa dos direitos, liberdades e garantias individuais dos cidadãos portugueses, “os cidadãos deverão fazer uso deles sem ofensa a direitos de terceiros, nem lesão dos interesses da sociedade ou dos princípios da moral”.

É importante que tenhamos em mente que as posições jurídicas devem ser exercidas antes de tudo com responsabilidade, de forma a permitir que os demais integrantes da sociedade também possam exercer as suas próprias posições jurídicas em um espaço de liberdade e conforto.

Ao fim e ao cabo, o agir informando a premissa acima apontada revela o exercício democrático das liberdades e direitos.

Não há mais espaço para que o direito subjetivo seja encarado e manejado sem que seja levado em consideração que existem deveres que lhes são imanentes.

A partir de quando se enxergue no direito subjetivo, também, um encargo ou ônus, entende-se a sua complexidade, e revela-se a necessidade de cooperação, lealdade, boa-fé, expressões que são do princípio da solidariedade.<sup>152</sup>

Relacionar o abuso do direito com os limites axiológicos do direito subjetivo, tais como a ordem pública, a solidariedade e a boa-fé acaba por traduzir uma limitação às situações jurídicas, que passam a estar limitadas por cláusulas gerais que, no mais das vezes, apontam para princípios insertos na Constituição da República.

As limitações impostas ao exercício das posições jurídicas devem ser observadas no atuar de cada um de nós, tal como nas diversas contratações que fazemos, forçando-nos, inclusive, a levar em consideração interesses que nos sejam contrários.

Perlingieri, neste ponto, salienta que o levar em consideração interesses contrários não significa, no entanto, colisão de direitos, mas sim limitação do exercício do direito por todos os interesses que sejam merecedores de tutela naquela situação jurídica em que está inserido o direito.<sup>153</sup> Não há colisão porque não se trata de dois interesses que devam ser protegidos naquela situação, mas sim fazer prevalecer aquele interesse que atende a finalidade que o legislador previu para a norma jurídica, afastando-se aquele outro interesse que mostra-se destituído de motivação condizente.

---

<sup>152</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil*, p. 681.

<sup>153</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil*, p. 122.

Exemplo do que se afirmou acima é a prevalência do interesse extrapatrimonial sobre o patrimonial, ambos envolvidos na mesma situação jurídica. A Constituição da República brasileira de 1988 incluiu o princípio da solidariedade que informa todo o ordenamento jurídico, bem como o da dignidade da pessoa humana. É através destes princípios que o legislador constituinte quis que todos passassem a informar as suas relações com os outros. A autonomia de cada um de nós para fazermos o que quisermos, quando quisermos e como quisermos passou a ficar limitada por tais princípios.<sup>154</sup>

Assim é que, no exemplo dado acima, inverte-se ou, no mínimo, condiciona-se, a ótica patrimonial do Código Civil pelo caráter extrapatrimonial da Constituição da República.<sup>155</sup>

Para concluir, deve ser afirmado que o abuso poderá ser identificado sempre que, em qualquer situação jurídica, se verificar a violação dos valores que informam o ordenamento jurídico e que se encontram na Constituição, que, por seu turno, é o ápice do sistema jurídico. Portanto, deve-se levar em conta, em cada situação jurídica, quais os interesses em jogo e se os mesmos se relacionam com aquele direito cujo exercício se pretende.

#### 4.3 A ILICITUDE CIVIL E O ABUSO DO DIREITO

A definição de ilicitude civil é pressuposto para o entendimento do abuso do direito. E isto é assim porque se ilicitude é contrariedade à norma e o ato abusivo é o exercício de previsão normativa que viola os limites estabelecidos pelo ordenamento, qual é a distinção de ato ilícito e ato abusivo?

---

<sup>154</sup> **BODIN DE MORAES, Maria Celina.** Constituição e Direito Civil: tendências. *Revistas dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v. 779, p. 55, 2000.

<sup>155</sup> **TEPEDINO, Gustavo.** Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 10: o professor nos ensina que a Constituição brasileira impõe vários deveres extrapatrimoniais para as relações privadas com vista à realização de direitos da personalidade, bem como para tutelar a dignidade da pessoa, sendo que, com isso, o legislador condiciona a proteção de situações que sempre foram protegidas pela ótica exclusivamente patrimonial, ao cumprimento impositivo de deveres não patrimoniais.



Como distinguir entre duas figuras, sobretudo em virtude da técnica legislativa (ou da falta dela) que as igualou, mas que, no entanto, em apenas uma delas exige a contrariedade ao direito, a culpa e o dano? E ainda, qual a utilidade prática desta distinção?

De início, é fundamental assentar que ilicitude é a contrariedade à norma; é a violação a uma regra de proibição.

A doutrina brasileira entende o ato ilícito como sendo a conduta (comissiva ou omissiva) que representa uma contrariedade a um dever preexistente.<sup>156</sup>

Interessa observar que, no Brasil, a ilicitude experimenta um conceito aberto, não existindo rol taxativo para os atos ilícitos, o que enseja que os mesmos possam estar configurados em inúmeras hipóteses de contrariedade à norma.

O artigo 186 do Código Civil em vigor estabelece: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” A disposição inova em dois aspectos quanto ao anterior artigo 159 da lei civil revogada: primeiramente, autonomiza o dano moral e, em segundo lugar, desloca o dever de indenizar para o capítulo da responsabilidade civil, o que retira dele a característica de ser elemento constitutivo da ilicitude.

Note-se que, de certa forma, a similitude entre ilicitude e responsabilidade civil deriva da presença em ambas do elemento culpa.<sup>157</sup> Ressalva se faz a responsabilidade sem culpa que, no entanto, não elimina a contrariedade ao direito.

Neste ponto, importa mencionar que há entendimento no sentido de que o dispositivo do artigo 187 do Código Civil seja uma espécie de ilicitude sem culpa e sem dano.<sup>158</sup> Admite-se a ilicitude sem dano com base no

---

<sup>156</sup> SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. *Programa de Direito Civil*, p. 290; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 9; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 487; PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*.

<sup>157</sup> O argumento usado neste paralelo é o de que, se retirada a consequência da responsabilidade civil, a definição de ilicitude ficaria sem utilidade prática. Conforme explica CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 192 et seq.

<sup>158</sup> MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: Ilcitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 77.

entendimento de que há para alguns atos ilícitos como consequência, por exemplo, a nulidade ou a caducidade. Ocorre que ambas, nulidade e caducidade, são consequências que não excluem a existência de dano. O dano existe em paralelo pelas consequências que suporta a vítima ou pelo prejuízo que advém da própria sanção de caducidade e de nulidade.

A doutrina brasileira entende de forma majoritária que, se no exercício de uma posição jurídica houver dano a outrem, a responsabilidade é objetiva, ou independentemente de culpa.<sup>159</sup>

Ainda sobre a proximidade de ilicitude e culpa (pressupostos da responsabilidade civil), uma questão deve ser revelada: se a ilicitude significa contrariedade a um dever jurídico, ao que parece não se diferenciar do elemento culpa, visto que esta contém um elemento objetivo que é a não observância de um dever, isto é, elemento objetivo de contrariedade a uma norma de conduta ao qual o agente deveria conhecer e respeitar (elemento subjetivo). A princípio, poder-se-ia pensar que ilicitude e culpa são sinônimos. No entanto, a ilicitude está para o aspecto objetivo, enquanto a culpa para o subjetivo.<sup>160</sup>

Ilcitude é a contrariedade à norma legal, enquanto a culpa deve ser considerada no momento subjetivo de apuração da reprovabilidade da conduta do agente.<sup>161</sup> O ato lícito é aquele que obedece o Direito, enquanto que o ilícito é o que desrespeita o ordenamento jurídico.

Nesta esteira, o artigo 186 do Código Civil exige a presença de culpa, em sentido amplo, para a caracterização do ato ilícito. No entanto, a responsabilidade civil objetiva prescinde da culpa e, assim, a indenização será paga, ainda que lícita a atividade ocasionadora do dano.

---

<sup>159</sup> Conclusão da I Jornada de Direito Civil, Conselho da Justiça Federal, Enunciado 37: “Art. 187: A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

<sup>160</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. Ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 562: o autor indica as duas formas essenciais de ilicitude: através da violação de um direito de outrem e da violação de preceito legal que visa a proteção de direitos alheios.

<sup>161</sup> LEITÃO, Adelaide Meneses. *Normas de protecção*, p. 837: acerca da existência de mais de uma definição de ilicitude, afirma a autora que: “Subscreve-se um conceito plural de ilicitude, afastando um conceito único como violação de normas de conduta ou violação de deveres jurídicos. Na medida em que nos diferentes sectores do ordenamento jurídico o sistema interno e externo desenvolveram a ilicitude em sentidos nem sempre convergentes, impõe-se compreender as diferenças materiais entre os diferentes ilícitos.”

Com efeito, nos casos previstos no artigo 188 do Código Civil<sup>162</sup> os atos referidos são lícitos, uma vez que a legítima defesa e o estado de necessidade são excludentes de ilicitude, embora não se afaste o dever de indenizar o prejuízo causado, na forma dos artigos 929<sup>163</sup> e 930<sup>164</sup> da referida lei.

O tema é interessante e, por isso, se deve indagar: tendo em vista que o exercício regular do direito não é um ato ilícito, o cobrador que efetua cobrança ao seu devedor e que, lhe diminui o patrimônio, não o faz ilicitamente? Se o Estado através de uma autoridade policial efetua disparo de arma de fogo contra criminoso em fuga e lhe causa lesão, deve responder?

É evidente que nem um e nem outro é ato ilícito. Porém, se identificarmos como sinônimos a ilicitude e a culpa, o Estado deveria indenizar, na medida em que, pela teoria objetiva, se indeniza independentemente da culpa. Em outras palavras, o Estado não poderia dizer que agiu lícitamente, sem culpa, porque ele se submete à teoria do risco. Esta conclusão é absurda.

Diante disso, é preciso entender o que seja ilicitude.

O Código Civil de 2002 rompeu com a dogmática que serviu de base para o Código anterior de 1916, que era elaborar a noção de ilicitude a partir da indenização ou de sua consequência patrimonial.<sup>165</sup> A obrigação de indenizar conquistou autonomia metodológica no artigo 927 do Código Civil.

Segundo Judith Martins-Costa: “Em outras palavras: para a perspectiva tradicional, a ilicitude era não apenas examinada, mas era

---

<sup>162</sup> “Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.”

<sup>163</sup> Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

<sup>165</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Breves anotações, p. 309: afirma a autora que “foi cortada a automaticidade da ligação entre ilicitude (arts. 186 e 187) e o dever de indenizar (art. 927 e ss), e entre ilicitude civil e dano”

verdadeiramente construída, conceitualmente, a partir do seu efeito mais corriqueiro e geral, qual seja, a obrigação de indenizar.”<sup>166</sup>

A ilicitude não é mais vista amarrada à culpa, ao dano e à obrigação de indenizar. Existe para a ilicitude atualmente um espaço próprio, na medida em que deixou de ser uma simples condição para a apuração da responsabilidade civil.

Interessante será abordar a ilicitude, esta nova ilicitude, juntamente com a contrariedade ao direito ou antijuridicidade. E isto é assim porque o abuso do direito indicado no artigo 187 do Código Civil inova ao dispensar o dano e a culpa, além de não se limitar aos direitos subjetivos, incluindo todas as categorias de situações jurídicas, sejam patrimoniais, sejam existenciais. Vê-se que o referido dispositivo legal não reproduz de forma alguma o artigo 160 da antiga lei. Portanto, é preciso atinar para as novas possibilidades de construção do Direito.

Numa visão mais formalista, diz-se que há identidade entre os dois conceitos – ilicitude e antijuridicidade, afirmando que o ilícito tem como característica ser antijurídico e que todo ato antijurídico é obrigatoriamente ilícito.

Sergio Cavalieri afirma que a ilicitude possui duas vertentes: a primeira em sentido estrito, que se fundamenta na culpa, e a segunda em sentido largo, que é sinônimo de antijuridicidade, ou seja, de conduta reprimida pelo direito porque provoca um dano injusto.<sup>167</sup> Para este autor, na responsabilidade objetiva, o ato que causou o dano é ilícito em sentido amplo, eis que causaram dano injusto. São antijurídicos. O que implica dizer que o ato de legítima defesa, por exemplo, que gera dano a terceiro é injusto e, por isso, enseja indenização, sendo esta uma opção legislativa.

Fernando Noronha divide a ilicitude em objetiva ou ampla e subjetiva ou restrita.<sup>168</sup> Pela primeira, o ato ilícito seria qualquer ação humana que não esteja conforme o direito. Pela ilicitude subjetiva, entende a violação da norma legal com a presença obrigatória da culpa do agente.

---

<sup>166</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Breves anotações*, p. 309.

<sup>167</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p.31.

<sup>168</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p. 292. V. 1.

No entanto, parece que o problema da definição da ilicitude ou da licitude deve ser feito de acordo com o pensamento do legislador, de acordo com o que o determinou, e não de acordo com as consequências do ato.<sup>169</sup>

O ilícito tem como requisitos a existência de uma conduta; a violação ao ordenamento; a imputabilidade de tal conduta e a sua invasão na esfera alheia. No entanto, a antijuridicidade encerra conceito mais amplo que a ilicitude. A ilicitude é espécie de antijuridicidade. O ponto em comum é o fato de que ambos são fatos jurídicos, dos quais emana eficácia jurídica.

Pode-se conceber a antijuridicidade como lesão a bens juridicamente protegidos, em hipóteses onde não se pode falar de ato ilícito imputável e ainda em contrariedade a princípios e valores do ordenamento jurídico. O mais importante é ter em mente que, neste novo modelo, no Brasil, a ilicitude não se restringe à ilegalidade pelo descumprimento culposos de disposição legal, sendo antecedida por um direito subjetivo que, desde o nascimento, entende que deve respeitar os espaços de liberdades alheios, bem como que se relaciona com os diferentes princípios que, por sua vez, são condutores axiológicos do ordenamento jurídico.

Assim, para que haja o antijurídico não é necessária a existência de violação à lei, podendo ocorrer a violação da finalidade da norma. O ato abusivo é uma categoria autônoma de antijuridicidade.

Note-se, ademais, que o ato pode ser antijurídico e não ser ilícito, tais como os atos praticados por pessoas inimputáveis, porque faltar a culpa.<sup>170</sup>

Judith Martins-Costa diz que “[s]em olhos para ver (a letra) e sem ouvidos para ouvir (o espírito) nada diremos ao art. 187, e ele nada nos dirá. E continuaremos, resignadamente, a repetir que nada mudou, porque nada mudamos.”<sup>171</sup>

#### **4.3.1 O distanciamento entre a ilicitude formal e o abuso do direito**

---

<sup>169</sup> LEITÃO, Adelaide Meneses. *Normas de protecção*, p. 428: neste sentido, afirma a autora que “[c]ada norma jurídica tem atrás de si um específico valor, interesse ou bem jurídico, sendo a partir deste que se compreende o fim normativo e a respectiva ilicitude.”

<sup>170</sup> WESENDONCK, Tula. Transformações no sistema de licitude no Código Civil de 2002. *Ajuris*, 116, v. 36, p. 295, 2009.

<sup>171</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Breves anotações, p. 310.

Aquele que abusa não atua aparentemente sem direito. Cunha de Sá afirma que é neste ponto do suposto atuar dentro do direito que se pode vir a aceitar e a defender uma figura autônoma com qualificação jurídica igualmente autônoma perante a pura ilegalidade ou a simples ausência de direito ou ainda, perante a ilicitude formal.<sup>172</sup>

O abuso do direito nos mostra que não há mais espaço para as fórmulas tradicionais e as molduras formalistas retesadas e imutáveis, ou pelo menos de difícil transformação. O mundo jurídico atualmente nos apresenta a constante necessidade de se confrontar a regra e a realidade.<sup>173</sup>

Até este ponto se ensaiou estabelecer o conceito de abuso do direito, através das opiniões de autores que se dedicaram de forma mais detida ao tema. No entanto, antes de fechar o conceito do instituto é preciso que se situe o abuso do direito perante a ilicitude.

Assim, é necessário que se resolva a questão da autonomia da qualificação jurídica do ato abusivo perante a qualificação jurídica da ilicitude. Com isso, saberemos se as consequências para o ato abusivo serão as mesmas que aquelas previstas para o ato ilícito. Mas tal afirmação não importa dizer ou concluir que a independência do abuso do direito é dependente de suas consequências, como se verá adiante.<sup>174</sup>

O ato abusivo e o ato ilícito não existem apenas quando causam danos a outrem. Porém, são encarados como pressupostos da responsabilidade civil.<sup>175</sup>

Adelaide Meneses Leitão, abordando o tema da responsabilidade

---

<sup>172</sup> **SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 18.**

<sup>173</sup> **SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 21: é o confronto que o autor afirma existir “numa simbiose inelutável ou numa assimilação exigente de facto e direito.”**

<sup>174</sup> **SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p.468: para o autor, mesmo que se defenda a identidade dos institutos do abuso e do ato ilícito em razão da identidade de consequências, “bastaria a diversidade dos critérios por que se determinam para assegurar o interesse dogmático da distinção e a autonomia científica das respectivas qualificações jurídicas.” Sobre o tópico ver: NEVES, Castanheira. *Questão-de-facto-questão-de-direito*, p. 527 e SERRA, VAZ. *Abuso do Direito* (em matéria de responsabilidade civil). *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 85, p. 255, 1959.**

<sup>175</sup> **SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 497: lembrando à propósito que por isso mesmo a aceitação do abuso andou inicialmente ligada à admissão de uma responsabilidade civil objetiva ou pelo risco.**

delitual pela contrariedade ao mínimo ético-jurídico, afirma:

que o abuso do direito, nas suas múltiplas manifestações, é um instituto puramente objectivo, não dependendo de culpa nem de qualquer elemento subjectivo, enquanto a responsabilidade delitual por violação do mínimo ético-jurídico está, nos termos gerais, sujeita aos pressupostos da responsabilidade delitual. Diferentemente do direito alemão, o abuso do direito não está previsto expressamente como uma situação básica delitual, ainda que a maioria da doutrina civilista nacional o configure como terceira modalidade de ilicitude.<sup>176</sup>

Devemos ter sempre em mente que o ato ilícito não necessariamente leva à obrigação de indenizar, e exemplo desta afirmação é o ato praticado em legítima defesa para o qual eventual dano praticado não é ilícito.

A ilicitude pressupõe a contradição a uma obrigação específica. A obrigação de indenizar existe apenas com relação ao dano provocado de forma ilícita. Portanto, a obrigação de indenizar é a consequência da ligação entre o comportamento danoso e a obrigação legal que ele viola.

A ilicitude, como escreve Cunha de Sá, é “o acento tônico da conduta do agente a sua contrariedade a uma específica proibição normativa”.<sup>177</sup>

Portanto, essencial na ilicitude é a violação de uma proibição específica através de um comportamento do sujeito.<sup>178</sup> Não devemos esquecer, porém, que nem sempre a não conformidade ao direito significa forçosamente a ilicitude.

O comportamento do sujeito pode se conformar com a estrutura do direito subjetivo, pode ser contrário à estrutura formal do direito ou, ainda,

---

<sup>176</sup> LEITÃO, Adelaide Meneses. *Normas de protecção*, p. 601-602.

<sup>177</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 502.

<sup>178</sup> E mais uma vez SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 101: “aceitando-se que *abusivo* e *ilícito* são qualificações jurídicas autónomas e que esta diz respeito, não já a uma contrariedade com o interesse ou com o valor que é o fundamento do direito subjectivo que se diz exercer, mas antes à *específica obrigação* de certo comportamento (ou à *específica proibição* do comportamento oposto), não se legitima em última instância a análise da regulamentação de instituto por instituto, ou de direito por direito, que só poderá respeitar à ilicitude. Tudo quanto se poderá e deverá fazer, então, é individualizar aquele valor ou interesse que preside ou subjaz a cada instituição e que é, afinal, o critério da existência ou inexistência da qualificação jurídica autónoma em termos de direito subjectivo e que nos revelará a legitimidade ou a ilegitimidade do seu exercício consoante aquele mesmo interesse ou valor é actuado ou destorcido.”

preencher na sua materialidade a forma do direito, mas internamente ser contrário ao valor que fundamenta este mesmo direito.

Cunha de Sá afirma que

A aparência estrutural do direito não é integrada pela sua intenção normativa; a forma está presente, mas o seu preciso valor está ausente, a realidade finge o direito: o comportamento do titular viola, no seu íntimo sentido, os limites materiais que para a qualificação jurídica do permitido em termos de direito subjectivo resultam do seu fundamento axiológico. E tão pouco se pode falar aí de exercício de um direito, pois que, à face deste mesmo fundamento, é ilegítimo o comportamento concreto do titular.<sup>179</sup>

Tanto o ato ilícito quanto o ato abusivo revelam antijuridicidade, mas um quanto à forma (ato ilícito) e o outro quanto ao valor ou fundamento (ato abusivo).<sup>180</sup>

O fato de o ato ilícito e o ato abusivo coincidirem quanto a uma de suas consequências não os iguala, permanecendo a diferença relativa à natureza da violação e, em consequência, a necessidade de previsão da conduta proibida.<sup>181</sup>

Como ensina Cunha de Sá, a problemática que envolve o abuso do direito e as suas manifestações não reside na estrutura que qualifica a norma, mas sim no campo do valor normativo que dá fundamento a esta mesma norma e “ao qual é confrontado permanentemente o comportamento a qualificar.”<sup>182</sup> Nesta esteira, qualquer situação jurídica é passível de abuso, na medida em que todas elas possuem uma função.<sup>183</sup>

Sempre que se falar de abuso do direito, a referência a ser feita é ao desvio do perfil funcional da posição jurídica que está sendo exercida.

Menezes Cordeiro, embora afirmando que o exercício inadmissível das posições jurídicas apenas existirá de modo autônomo se puder ser

---

<sup>179</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 467-468: para o autor, no ato ilícito se ultrapassam os limites lógico-formais e no ato abusivo, os limites axiológicos-materiais.

<sup>180</sup> CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito*, p. 371.

<sup>181</sup> CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito*, p. 373: para quem apenas se pode falar em ilicitude quando houver obrigação normativa. Para todos os casos nos quais não há previsão legal de conduta, e que a qualificação competir ao julgador, haverá abuso de direito.

<sup>182</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 551-552.

<sup>183</sup> SOUZA, Eduardo Nunes. *Abuso do Direito*, p. 63: “Em uma palavra, se há função, há possibilidade de exercício disfuncional.”



constatado materialmente e não deduzido de cláusulas gerais, reconhece que o sistema jurídico deve ser encarado pelo prisma funcional.<sup>184</sup>

Contrariamente a Menezes Cordeiro, apresenta-se José de Oliveira Ascensão, para quem o abuso apenas é detectável concretamente fora da abstração da norma. É a aplicação que permite a verificação do abuso.<sup>185</sup>

Neste ponto, é importante consignar, para fins didáticos, os significados de estrutura e função, a fim de que, com isso, possam ser agregados mais elementos que facilitem a tarefa de entender como se identifica o ato abusivo.<sup>186</sup>

Não mais interessa para a teoria da norma jurídica se o seu conceito é produto exclusivo do Poder Legislativo, tal como defendia a Escola da Exegese ou se o mais correto é a perspectiva sociológica defendida pela Escola do Direito Livre ou, ainda, àquela do realismo norte-americano, pois hoje não mais se duvida que, estrutura e função são conceitos porosos, pois admitem aceitar as modificações impostas pela evolução da sociedade.<sup>187</sup>

Na atualidade, a par de sabermos o que é o direito, precisamos entender para que ele serve. No primeiro caso, conheceremos a estrutura do direito e, no segundo, a função que lhe foi incorporada.<sup>188</sup> A estrutura é aquilo que sobressai de uma análise interna, ou seja, quais são os elementos e como se relacionam entre si.<sup>189</sup> A função nos indica a valoração que deve ser dada.<sup>190</sup>

O mestre Gustavo Tepedino acerca da importância de se conhecer além da estrutura, a função do direito, ensina que ambas não se encontram

---

<sup>184</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-Fé*, p. 880.

<sup>185</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *A desconstrução do abuso do direito*, p. 65: “É pois a aplicação que permite apurar se as finalidades ou funções da lei toleram ou não aquele tipo de conduta. Se a resposta for negativa, dir-se-á que há abuso do direito.”

<sup>186</sup> Sobre o tema e a sua importância para a moderna Ciência do Direito, ver BOBBIO, Norberto. *Em direção a uma teoria funcionalista do direito. In: Da estrutura à função: novos estudos da Teoria do Direito*. Barueri: Manole, 2007, p. 53.

<sup>187</sup> ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. 2ª ed. revisada e ampliada. São Paulo: Noeses, 2014, p. 169.

<sup>188</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil*, p. 642.

<sup>189</sup> ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. *Do abuso do direito*, p. 26.

<sup>190</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *A desconstrução do abuso do direito*, p. 62: para o autor, a problemática do abuso nos coloca frente a três orientações alternativas: a primeira funcional, na qual se procurará saber se o exercício da posição jurídica satisfaz determinada função, a segunda subjetiva, através da qual se irá perquirir as finalidades do titular e a terceira, racional-descritiva, que se limitará a demarcar o conteúdo dos direitos. Segundo o entendimento do autor, apenas a primeira, funcional, merece acolhimento, pois todo o direito é finalista.

adstritas aos fatos jurídicos, mas também às situações jurídicas que são constituídas, modificadas ou extintas por aqueles:

[...] as situações jurídicas subjetivas apresentam dois aspectos distintos – o estrutural e o funcional. O primeiro identifica a estrutura dos poderes conferida ao titular da situação jurídica subjetiva, enquanto o segundo explicita a finalidade prático-social a que se destina. O aspecto funcional condiciona o estrutural, determinando a disciplina jurídica aplicável às situações jurídicas subjetivas.<sup>191</sup>

Na averiguação da estrutura, é possível identificar quais são as relações fundamentais e quais as secundárias. Já na averiguação da função se analisam os interesses que determinam o direito.

A importância no conhecimento e na identificação da contraposição estrutura-função é reconhecida por Pietro Perlingieri ao afirmar que estrutura e função representam “do ponto de vista metodológico, a natureza de qualquer noção.”<sup>192</sup>

O autor aponta que, à estrutura, está ligado o número de partes necessárias para que se forme um ato dotado de eficácia. Assim, um ato que requer a declaração de apenas uma pessoa será unilateral e o que requeira a manifestação da vontade de duas pessoas será bilateral.

O jurista identificará a função quando valorar o fato, “isto é, constrói a síntese global dos interesses sobre os quais o fato incide. A função do fato determina a estrutura, a qual segue – não precede – a função.”<sup>193</sup>

Kelsen entendia que o direito positivo não precisava de valoração, mas apenas de uma análise estrutural para ser compreendido, e com base na Teoria Pura do Direito, durante muito tempo, a análise funcional foi relegada a um segundo plano pela doutrina.<sup>194</sup>

---

<sup>191</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Notas Sobre a Função Social dos Contratos*. In: *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 400.

<sup>192</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil*, p. 937.

<sup>193</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil*, p. 642.

<sup>194</sup> BOBBIO, Norberto. Em direção a uma teoria, p. 54: afirmando ainda que “Na obra de Kelsen, não só a análise funcional e estrutural estão declaradamente separadas, como esta separação é a base teórica sobre a qual ele funda a exclusão da primeira em favor da segunda. [...] A análise funcional é confiada aos sociólogos e, talvez, aos filósofos.”

Os juristas, no entanto, afastaram a presumida falta de importância da análise funcional, pela multiplicidade de fenômenos sociais com os quais se passou a conviver, bem como de novas relações jurídicas que se apresentam em diferentes modalidades e com conteúdos igualmente diversos.

A função é, portanto, a justificativa para o fato. O ordenamento determina que o fato produza certo efeito, que modifique, impeça ou extinga determinada situação jurídica, e isto está diretamente relacionado com a função.

É a função que irá determinar se haverá ou não proteção da ordem jurídica. Note-se que não se está a falar dos efeitos do fato, mas de conhecer o significado destes efeitos na lei.<sup>195</sup>

O elemento valorativo é a função que, por sua vez, define cada situação jurídica subjetiva. Cabe consignar que o vocábulo função tem sentidos distintos: por alguns, é empregado diretamente quando tratam da função social-econômica,<sup>196</sup> e por outros, quando pretendem qualificar determinada situação jurídica.<sup>197</sup>

Perlingieri ensina que não é possível pretender-se que a função seja limitada ao aspecto “social”, na medida em que ela extrapola o interesse social: “A função, portanto, é a síntese causal do fato, a sua profunda e complexa razão justificadora: ela refere-se não somente à vontade dos sujeitos que o realizam, mas ao fato em si, enquanto social e juridicamente relevante.”<sup>198</sup>

No caso do direito brasileiro, é o próprio artigo 187 do Código Civil<sup>199</sup> quem aponta para outros critérios que não apenas o social quando menciona a boa-fé e os bons costumes.

Eduardo Nunes de Souza explica que não se tratam de duas concepções diferentes de “função”, afirmando que o uso do termo se dá de

---

<sup>195</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil*, p. 96: esclarecendo que função tanto pode representar síntese causal do fato quanto a razão que o justifica.

<sup>196</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito Civil*, p. 207.

<sup>197</sup> SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. *Programa de Direito Civil*, p. 318.

<sup>198</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 96 e AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito Civil*, p. 211.

<sup>199</sup> “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

forma fluida pela doutrina, ressaltando que, no que se refere ao uso disfuncional, o melhor uso é o que pretende qualificar a situação.<sup>200</sup> Segundo este autor equipara, o abuso ao incumprimento da função social seria “um esforço em vão”, na medida em que, para isto, bastaria aplicar o princípio da função social ao caso concreto.

Mas não é só: a simples equiparação também não deve ser admitida, de modo que o abuso do direito não é um princípio geral do direito, tal como a função social.

É a função da situação jurídica que deve ser levada em consideração para a identificação do exercício abusivo.<sup>201</sup> Além disso, entender para que serve determinada situação jurídica permitirá diferenciar o abuso do ato ilícito.

Cada situação jurídica possui a sua função e, com isso, poderá ser revelado um exercício disfuncional. Este entendimento está mais de acordo com a origem do instituto do abuso do direito que exige a consideração de todos os interesses envolvidos.

Cunha de Sá defende o confronto da situação concreta com o fundamento axiológico da norma afirmando que a questão da juridicidade do abuso somente pode advir da imanência ao direito subjetivo daquele valor pelo qual o comportamento do sujeito se orienta ou deveria se orientar.<sup>202</sup>

Não se tratam de lados opostos, mas, ao contrário, tratam-se de dois lados que se complementam: o aspecto lógico-formal ou estrutural e o ético-social ou funcional, isto é, o exercício de um direito deixará de ser abusivo quando não for nocivo ao interesse social.<sup>203</sup>

---

<sup>200</sup> SOUZA, Eduardo Nunes. *Abuso do Direito*, p. 71: “Realmente, a função aqui investigada há de ser aquele regulamento de interesses tendente à produção de efeitos de cada situação jurídica subjetiva, o “para quê” a justificar a individualização e a proteção da posição jurídica pelo ordenamento.

<sup>201</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil*, p. 683.

<sup>202</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 459. Em sentido contrário, Menezes Cordeiro, para quem deve-se evitar a busca casuística do exercício inadmissível das posições jurídicas.

<sup>203</sup> CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito*, p. 26; DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 589 e SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 460: para quem “A estrutura formal do direito subjetivo é, pois, vivificada, numa mesma e única intenção jurídica, pelo fundamento que lhe inere e pelo qual a situação concreta deve ser constantemente aferida, para ser ou deixar de ser o exercício de um determinado direito subjetivo.”

Nas palavras de Alvino Lima, a teoria do abuso veio para cercear o exercício dos direitos e “delimitar, tanto quanto possível, a ação nefasta e deletéria do egoísmo humano.”<sup>204</sup>

O teor do artigo 187 do Código Civil brasileiro diferencia-se do conceito de ilicitude formal pelo fato de que não estabelece a sua causa como violação direta e expressa do dispositivo legal, isto é, uma violação a priori, que sobressai imediatamente.

A valoração do abuso nem sempre é tarefa fácil, pois existe uma antijuridicidade que lhe é inerente, portanto, muito própria. Note-se que não existe na apuração do ato abusivo dois interesses legítimos em conflito: não há, portanto, colisão de interesses ou de direitos. O que existe é um confronto entre o perfil funcional e um exercício condenável e contrário à este regulamento de interesses.

#### 4.4 OS CRITÉRIOS FIXADORES DO CONCEITO DE ATO ABUSIVO

O abuso do direito pretende assegurar que o exercício do direito respeite o seu espírito, conciliando o preceito normativo com o ideal de justiça.

Alvino Lima lembra que os doutrinadores, responsáveis pela construção da teoria, estabeleceram diversos critérios fixadores do abuso do direito, o que gerou ambiguidades.<sup>205</sup>

O autor discorre acerca do pensamento dos doutrinadores, incluindo também aqueles que foram contrários à consagração do abuso do direito, como Planiol, Ripert e Esmein, que, no entanto, aceitavam o critério “intenção de lesar” para a caracterização do ato abusivo, enquadrando, porém, o abuso no capítulo da responsabilidade civil.

Apesar de toda a divergência,<sup>206</sup> o primeiro critério fixador do conceito do ato abusivo foi a intenção de lesar, critério que foi ultrapassado pelo

---

<sup>204</sup> LIMA, Alvino. *Abuso de Direito*, p. 26.

<sup>205</sup> LIMA, Alvino. *Abuso de Direito*, p. 32-42: apresenta um resumo da evolução do pensamento dos doutrinadores acerca dos critérios fixadores do conceito de abuso do direito.

<sup>206</sup> LIMA, Alvino. *Abuso de Direito*, p. 32: cita Etienne Bartin, para quem a teoria confundia moral e direito, além de converter os juízes em censores.

“exercício anormal do direito”, como aquele que fosse contrário à destinação social ou econômica do direito subjetivo. Neste ponto, surge a doutrina de Saleilles, que referia o fim social do direito como um seu corretivo e com uma concepção finalística, embora ainda subjetiva.

As discussões travadas prosseguiram, sendo que doutrinadores como Planiol, Ripert e Esmein, negando a existência de uma doutrina autônoma do abuso do direito, e lançando críticas que alcançavam a própria denominação do instituto, aceitam as consequências jurídicas provenientes da “intenção de lesar”, como expressão da culpa intencional, o que confina o instituto à uma mera aplicação da responsabilidade civil.

Questionava-se se seria indispensável que a “intenção de lesar” fosse o único e determinante motivo para a prática do ato ou se ainda seria considerado como abusivo, aquele ato para o qual concorresse, além da “intenção de lesar”, um outro que fosse considerado um motivo legítimo de interesse do titular. A divergência doutrinária não cessou: de um lado<sup>207</sup> estão os que exigem que a intenção de prejudicar seja o único motivo do agente e, de outro lado,<sup>208</sup> encontravam-se os que entendiam que, acaso presente outro motivo que fosse considerado legítimo, além da “intenção de prejudicar”, não estaria caracterizado o ato abusivo.

A posição acima foi ultrapassada, concluindo-se que outros motivos poderiam se posicionar ao lado da intenção de prejudicar, e tal não afastaria a caracterização do ato como abusivo. Note-se, porém, que a intenção de prejudicar deve ser o motivo determinante e fundador do ato.

Alvino Lima menciona o critério objetivo do “equilíbrio dos interesses”, verificando-se o dano em face da sua utilidade ao titular.

Josserand, após analisar os critérios, aponta o verdadeiro critério do abuso do direito: o desvio do direito da sua função social. Este seria o critério finalista e funcional.

Segundo este critério, deve-se ter em conta a finalidade de cada direito; a função específica e própria. Cada direito possui uma função a

---

<sup>207</sup> São citados por Alvino Lima: Bonnecase, Pierre de Harven, Demogue. (LIMA, Alvino. *Abuso de Direito*, p. 33).

<sup>208</sup> Igualmente citados por Alvino Lima: Irmãos Mazeaud, Josserand e Ripert. (LIMA, Alvino. *Abuso de Direito*, 1956, p. 34).

desempenhar. O ato abusivo é aquele que é contrário ao espírito, à função, ao fim do direito.

Assim, fica introduzido o “motivo legítimo”: o ato será considerado normal ou abusivo, seja ele guiado ou não por um motivo legítimo.<sup>209</sup>

Esta posição de Josserand, finalista,<sup>210</sup> partiu da concepção sobre direito subjetivo traçada por Jhering,<sup>211</sup> que o entendia como sendo um interesse juridicamente protegido.

Na opinião do autor francês, todas as prerrogativas possuíam uma roupagem social e uma missão a cumprir, devendo atender ao espírito da instituição na sua realização. A abusividade restaria configurada ao se desviar deste espírito e dessa função social.

Esta teoria, no entanto, se perde, tendo em conta que o seu lado objetivo é dependente de um critério supralegal de conteúdo variável – o espírito do direito.

Seguem-se os critérios objetivistas, encontrando-se o “axiologismo-normativo” de Castanheira Neves e Cunha de Sá, para quem o fundamento axiológico do direito é o seu próprio e preciso limite.

O critério apresenta um limite material para o direito que deve ser observado ao lado da estrutura formal do mesmo.

Cunha de Sá aponta para o critério na busca pela determinação do abuso do direito: haverá o abuso sempre que se colocar a estrutura do direito subjetivo a serviço de um valor distinto daquele que lhe fundamenta, ou seja, “[n]esta aparência da estrutura que finge objectivamente o direito é que está, afinal, o abuso do direito.”<sup>212</sup>

Menezes Cordeiro apresenta a sua crítica que se prende não tanto a localização do fim social ou do valor, porque ambos geram o abuso, mas sim no fato de que é preciso, para determinar o abuso, o exame de cada direito

---

<sup>209</sup> LIMA, Alvino. *Abuso de Direito*, p. 37: após expor a diversidade de critérios, questiona se se deve optar para solucionar os casos concretos por apenas um ou se não se deve combinar critérios de acordo com o caso concreto. Na opinião do autor, todos os critérios devem ser postos em favor da solução do problema.

<sup>210</sup> NEVES, Castanheira. *Questão-de-facto-questão-de-direito*, p. 523: o autor via neste finalismo de Josserand um cunho sociológico que colocava o direito a serviço de intenções metajurídicas ou ideológicas econômicas ou políticas.

<sup>211</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 863.

<sup>212</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito.*, p. 456.

subjetivo em cada caso concreto. Segundo o autor, a autonomia do abuso existe quanto ao próprio direito subjetivo.<sup>213</sup>

Parece-nos que, se todos os direitos possuem finalidade social, a manifesta desproporção entre o interesse perseguido pelo titular do direito e aquele que é titulado pelo lesado, ou ainda, entre as vantagens do agente e os prejuízos do lesado, é o critério para caracterizar o abuso.

#### 4.5 A DISTINÇÃO ENTRE O ABUSO DO DIREITO E OUTROS INSTITUTOS

Quer pela reduzida produção doutrinária e jurisprudencial, quer pelo excesso de controvérsia que o abuso do direito encerra, tem-se confundido o instituto com outros institutos jurídicos.

Não é raro em pesquisa jurisprudencial acerca do tema, encontrarmos acórdãos nos quais está afirmada a presença ou o reconhecimento de uma hipótese de ato abusivo, quando, na verdade, trata-se de colisão de direitos.

Iniciemos, então, o afastamento do instituto do abuso do direito de figuras falsamente similares. A colisão de direitos identifica-se sempre que houver concorrência de direitos a fazer com que o exercício de um prejudique ou impeça o exercício do outro.

Ora, se o abuso do direito é apenas um exercício formal de direito, pois que ultrapassa o limite axiológico, havendo carência ou falta de direito, não se pode falar em proximidade com a colisão de direitos.

Não há no abuso o choque entre dois interesses legítimos, mas sim o choque entre o perfil funcional de um direito e o exercício que o contraria.<sup>214</sup>

Jorge Manuel Coutinho de Abreu apresenta um excelente exemplo de colisão de direitos: “se duas pessoas têm sobre o mesmo prédio direitos iguais de servidão por um caminho que só permite, de cada vez, a passagem apenas a uma, devem elas harmonizar os seus direitos de forma a ambas poderem com igual medida aproveitar a passagem.”<sup>215</sup> No exemplo fornecido

---

<sup>213</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 864.

<sup>214</sup> SOUZA, Eduardo Nunes. *Abuso do Direito*, p. 83.

<sup>215</sup> ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. *Do abuso do direito*, p. 85-86.



acima, há interesse conforme o direito por parte de ambos os titulares da servidão, não representando abuso ou exercício inadmissível o querer usar o caminho da servidão.

Neste caso, o magistrado não irá afastar o direito de uma das partes, por entendê-lo abusivo, mas, pela ponderação de interesses, encontrar uma forma que atenda às necessidades de ambos os usuários da passagem.

Daniel Sarmento escreve que a verificação da colisão de interesses deve ser feita através da análise de cada caso concreto, de forma a que a ponderação seja bem delineada: “Verificada a colisão, devem ser impostas restrições recíprocas aos bens jurídicos protegidos por cada princípio, de modo que cada um só sofra as limitações indispensáveis à salvaguarda do outro.”<sup>216</sup>

Cunha de Sá, acerca do tema, cita como exemplos de conflito ou colisão de interesses a serem resolvidos pela prevalência aqueles existentes entre credores com privilégios mobiliários gerais e credores com privilégios mobiliários especiais e entre credores quirografários e credores com garantia real.

O autor também aponta para a existência de colisão de direitos a ser resolvida pelo critério da conciliação, sempre que os mesmos forem da mesma espécie ou iguais. Nesta última hipótese, adere o exemplo da servidão de passagem fornecido acima por Coutinho de Abreu quando os titulares deverão ceder na medida do que seja necessário para que os direitos possam produzir efeito igualmente e de forma equilibrada.<sup>217</sup>

Sobre o tema, Pessoa Jorge afirma que, para que haja colisão de direitos, há a necessidade de ter-se frente à frente dois direitos subjetivos, plenamente preenchidos pelos seus titulares, seja em termos de estrutura, seja em termos de valor.<sup>218</sup>

Sobre a diferenciação entre abuso do direito e colisão de direitos, deve ser dito que, nesta última hipótese, há a fixação de limites para cada um dos direitos, limitação esta que está inserta na estrutura do direito. Se o exercício

---

<sup>216</sup> SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 198.

<sup>217</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 519 e 529.

<sup>218</sup> PESSOA JORGE, Fernando. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, n. 8, p. 201, 1968.

pelo titular eventualmente impedir que o outro titular atue, se restar impedido de efeitos o outro direito, aquele sujeito atua com falta de direito, num atuar puramente ilícito que não se confunde com o abuso.<sup>219</sup>

Outra figura que costuma ser aproximada do abuso do direito é o desvio de poder, que é um típico vício do administrativo praticado no exercício de poder discricionário. Portanto, no caso do desvio do poder, estamos no âmbito do direito público. A lei fixa ao agente público a finalidade que o mesmo deve perseguir, que é o interesse público e do qual ele não pode fugir.

Como vimos, o abuso do direito situa-se no âmbito dos direitos subjetivos, faculdades e poderes, todos localizados no âmbito do direito privado. Este é, para o titular, um espaço de liberdade, ainda que limitado pelo ordenamento jurídico. Há, para o titular do direito subjetivo, faculdade ou poderes, espaço para livre determinação. No entanto, no âmbito da Administração Pública, tal não ocorre: haverá desvio de poder sempre que o administrador no uso de um poder discricionário pratica ato administrativo e lhe comina um fim diferente daquele que a lei ou o motivo determinante o impôs ou conferiu.

Coutinho de Abreu chama a atenção para o fato de que também será apontado o desvio de poder quando, embora o fim visado seja de interesse público, não seja o específico fim que a lei designou para aquele ato.<sup>220</sup>

O desvio de poder situa-se no plano da ilicitude, na medida em que há violação da lei que confere os poderes discricionários ao agente público que, por sua vez, os exerceu de forma diversa à qual estava obrigado.<sup>221</sup>

Também a fraude à lei é normalmente confundida com o abuso do direito. São praticados em fraude à lei aqueles atos que intencionam contornar uma proibição prevista em texto legal chegando-se por via

---

<sup>219</sup> **SÁ, Fernando Augusto Cunha de. Abuso do direito, p. 529.**

<sup>220</sup> **ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. *Do abuso do direito*, p. 81-84: o autor cita a existência de autores que aproximam dos poderes discricionários das autoridades administrativas os chamados poderes deveres ou poderes funcionais que existem no direito civil, tais como o poder tutelar, o poder parental, a administração legal na ausência e que sustentam que o espaço de liberdade de que goza o titular destes poderes é idêntico ao que disfruta o agente público, isto é, escolhem o se, o como e o quando. Com isso, tais autores afirmam a possibilidade de existir desvio de poder no exercício de direitos subjetivos e outras prerrogativas.**

<sup>221</sup> **CARPENA, Heloísa. Abuso do Direito nos contratos, p. 62.**

transversa a um resultado proibido. Portanto, há a norma violada e outra que se usa para encobrir a violação.<sup>222</sup>

Cunha de Sá reconhece o problema que se coloca na tarefa de diferenciar o abuso do direito do instituto da fraude à lei e nos oferece diversos exemplos, como o reconhecimento ou perfilhações de complacência, em que alguém diz saber que é o progenitor de uma pessoa, mas, na realidade, sabe que não é; o casamento que é contraído para a aquisição de certa nacionalidade, e não para fins de matrimônio propriamente dito, e ainda para a emancipação de filho menor e incapaz de se governar como meio de se subtrair ao encargo do poder parental.<sup>223</sup>

A fraude à lei difere do ato ilícito, porque neste ocorre uma violação direta à lei. Há na doutrina quem entenda que a fraude à lei é uma espécie de ato abusivo.<sup>224</sup> O ponto em comum, segundo este entendimento, seria o de que, também na fraude, a atividade do agente se conforma com a norma legal, restando confrontado o espírito da mesma.

No entanto, uma observação mais atenta aponta para a distinção entre as figuras da fraude à lei e do abuso do direito. E isto é assim porque, no abuso, o comportamento está de acordo com a estrutura formal do direito subjetivo do agente, mas, quanto ao fundamento axiológico, se distancia e se mostra contrário. Por outro lado, na fraude à lei, verifica-se o não cumprimento de uma obrigação imposta pela lei a qual o atuar do agente deveria se submeter.

Pedro Baptista Martins entende que o ato abusivo é o exercício anormal de um direito que atenta diretamente contra o espírito da lei, desviando-se da sua finalidade econômica ou social, sem que haja qualquer recurso à dissimulação. Diversamente se verifica nos atos executados em fraude à lei onde se contornam obstáculos, visando diretamente e abertamente um fim proibido. Aponta o autor que há distinção entre os

---

<sup>222</sup> ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. *Do abuso do direito*, p. 84.

<sup>223</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 531.

<sup>224</sup> CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos contratos*, p. 61: a autora cita Renè Demogue, para quem a fraude à lei é categoria de abuso ou um dos exemplos de abuso fora da intenção de prejudicar.

institutos também no que se refere aos seus efeitos, pois, na fraude, é a lei que sofre a violação, e, no abuso, é o terceiro.<sup>225</sup>

---

<sup>225</sup> MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito*, p. 121.

## 5 A AUTONOMIA DO ATO ABUSIVO PERANTE O ATO ILÍCITO

O ato abusivo é aquele através do qual se reconhece ter o sujeito do direito ou titular da posição jurídica excedido os limites impostos ao seu exercício, surgindo, portanto, o abuso do direito no interior da prerrogativa jurídica, sempre que se apresentar uma disfuncionalidade que se refere ao elemento valorativo de cada direito.<sup>226</sup>

Para que haja o exercício legítimo de um direito ou outra prerrogativa jurídica, o seu titular deve respeitar a estrutura formal do mesmo, bem como realizar o fundamento axiológico que o informa, que é a razão pela qual o ordenamento jurídico entendeu por bem reconhecê-lo e positivá-lo.

Estabelecidos os limites aos direitos subjetivos e outras prerrogativas jurídicas, uma vez que sejam ultrapassados, ingressa-se no campo da antijuridicidade.

O presente trabalho defende firmemente a autonomia do abuso do direito perante o ato ilícito. Não se trata de espécie de um gênero. Trata-se, sim, de um instituto com independência dogmática.

Cunha de Sá afirma que, em primeiro lugar, é primordial saber se o que a lei diz ser ato abusivo encerra uma conceituação científica do mesmo. Prossegue lembrando que a lei não pode ter a pretensão de impor soluções científicas ao intérprete do direito que, por sua vez, não deve se sentir vinculado ao legislador.<sup>227</sup>

Galvão Telles, por seu turno, afirma que “[a] legislação beneficia da ciência mas não é ciência. Não se faz ciência por decretos. O jornal oficial não existe para impor opiniões científicas, não tolhendo a liberdade do cientista.”<sup>228</sup>

É com este espírito que se pretende afirmar, com o presente trabalho, que o ato abusivo não se confunde com o ato ilícito.

---

<sup>226</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 880 e 1294: repise-se a posição do autor português, para quem, na construção do abuso, não podem ser aceites os argumentos das teorias interna e externa. O abuso deve ser visto como disfuncionalidade intra-subjetiva e apenas poderá se falar em autonomia se “a análise das decisões concretas, passada pelo crivo da Ciência do Direito, demonstrar a ocorrência de delimitações jussubjetivas irreduzíveis às restrições comuns.”

<sup>227</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 16.

<sup>228</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*, 6ª edição, Lisboa: Coimbra Editora, 1996, p. 58.

O comportamento do sujeito pode ser contrário à estrutura jurídico-formal do direito ou preencher a forma estabelecida na lei, mas rebelar-se contra o valor que lhe serve de fundamento.

No primeiro caso, teremos configurado o ato ilícito, porque violados os limites formais do direito. No segundo caso, aparentemente o titular age no plano da norma, de acordo com a regra, move-se corretamente dentro dela, mas, de verdade, estão opostos o seu comportamento e o direito. Este é o ato abusivo.

Em ambas as hipóteses, o sujeito atua fora do direito, com antijuridicidade, porque ultrapassa os limites que a ordem jurídica estabelece. No entanto, na primeira hipótese, a violação é apenas aos limites estruturais, o que gera a ilicitude formal. No segundo caso, violados os limites axiológicos ou os valores fundamentais estabelecidos para aquele direito, a ilicitude aparece quanto à esta violação atinente ao valor ou fundamento.<sup>229</sup>

No ato ilícito, exige-se a prática de ato antijurídico, como dito, imputável a alguém a título de dolo ou culpa. Em suma, temos aqui dois elementos: antijuridicidade e culpabilidade.

Note-se, porém, que apenas a antijuridicidade está prevista no abuso do direito. E mesmo neste tópico, a juridicidade que aqui se configura não é a formal, mas a material.

Heloísa Carpena escreve: “Em síntese, o ato abusivo está situado no plano da ilicitude, mas com o ato ilícito não se confunde, tratando-se de categoria autônoma da antijuridicidade.”<sup>230</sup>

Há controvérsia na doutrina brasileira acerca desta autonomia, e a posição majoritária reconhece o ato abusivo como sendo uma espécie de ato ilícito. Alguns destes autores são Pontes de Miranda<sup>231</sup> e Barbosa Moreira,<sup>232</sup> sendo que este último, tratando do direito de propriedade, verifica a falta de sintonia do artigo 1228 do Código Civil brasileiro que, em seu § 2º, não se harmoniza com o conceito objetivado de abuso do artigo 187, na medida em

---

<sup>229</sup> **SÁ, Fernando Augusto Cunha de.** *Abuso do direito*, p. 468.

<sup>230</sup> **CARPENA, Heloísa.** *Abuso do direito*, p. 371.

<sup>231</sup> **MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de.** *Tratado de Direito Privado. Parte Geral, Tomo II, BENS E FATOS JURÍDICOS*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 351 e 371.

<sup>232</sup> **BARBOSA MOREIRA, José Carlos.** *Abuso do Direito. Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 13, p. 104-107, jan./mar. 2003.

que exige a intenção de prejudicar alguém. Existirá um abuso mais amplo para os direitos em geral e outro mais restrito para o direito de propriedade? O autor responde que nada na política legislativa sugere esta bipartição do abuso e que deve ter havido uma falha no trabalho de coordenação.

Washington de Barros Monteiro não aprofunda o estudo do abuso, mas da sua leitura é possível extrair que não o distingue do ato ilícito.<sup>233</sup>

Na mesma direção, seguem Sergio Cavalieri,<sup>234</sup> para quem o abuso é um princípio geral, e não um instituto autônomo, embora reconheça a existência de características próprias e conteúdo especial.

Everardo Luna,<sup>235</sup> Francisco Amaral<sup>236</sup> e Pedro Baptista Martins<sup>237</sup> também consideram o ato abusivo uma espécie de ato ilícito.

Orlando Gomes critica o abuso do direito chamando-o de “conceito amortecedor”, pois evita o choque entre a lei e a realidade social. Sem reconhecer qualquer autonomia ao instituto, entende-o apenas como uma “técnica de reanimação de uma ordem jurídica agonizante”.<sup>238</sup>

Acompanha os autores acima, Alvino Lima, para quem não existe autonomia do ato abusivo apenas ampliação do conceito de culpa: “A noção de abuso de direito não se confunde com a noção de culpa mas veio alargar o seu conceito.”<sup>239</sup>

Rosenvald reconhece a especificidade do ato abusivo e o coloca como mais uma categoria de ilícito, porém, com características próprias, reconhecendo, ainda, a dispensa da culpa para a sua caracterização.<sup>240</sup>

Podemos mencionar, ainda, Teresa Ancona Lopez, que afirma que o ato abusivo é uma espécie de ato ilícito atípico, defendendo a autonomia do ato abusivo quanto ao direito subjetivo, tendo em vista que o referido ato não

---

<sup>233</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 348.

<sup>234</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 153-155.

<sup>235</sup> LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 73-74.

<sup>236</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito Civil*, p. 210.

<sup>237</sup> MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito*, p. 162 e 164: reconhece o abuso como categoria autônoma, mas como sendo espécie de ato ilícito.

<sup>238</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 120.

<sup>239</sup> LIMA, Alvino. *Abuso de Direito*, p. 38-42.

<sup>240</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil*. Vol. 3: Responsabilidade Civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 185-187.

depende deste para existir, uma vez que aplica-se à todas as posições jurídicas.<sup>241</sup>

Judith Martins-Costa reconhece o abuso apenas como uso desmedido de um direito ou poder, afirma, ainda, que inexistente identidade textual entre o artigo 187 do Código Civil brasileiro e o artigo 334 do Código Civil português, tratando-se de “uma sedução enganosa”.<sup>242</sup>

Para Tiago Rodovalho, o legislador brasileiro fez uma opção explícita no sentido de incluir o ato abusivo como espécie de ato ilícito.<sup>243</sup>

Releva consignar, também, que Gustavo Tepedino afirma que o abuso do direito não revela qualquer espécie de ilicitude.<sup>244</sup>

Na doutrina portuguesa, podemos citar Menezes Cordeiro, que se posiciona contrariamente à autonomia e à independência do ato abusivo perante o ato ilícito.<sup>245</sup> Este autor reconhece a autonomia do abuso perante o direito subjetivo, apenas.<sup>246</sup>

Também Antunes Varela, entende que existe autonomia entre o abuso e o direito subjetivo. O autor trata do abuso do direito no capítulo sobre a responsabilidade civil.<sup>247</sup>

Pedro Pais de Vasconcelos entende que o abuso é uma válvula de segurança do sistema a incidir tanto no direito privado quanto no direito público, e que a questão que o envolve encontra os seus parâmetros dentro dos limites da licitude.<sup>248</sup>

Oliveira Ascensão, comentando o artigo 187 do Código Civil brasileiro, afirma que este não se refere ao abuso do direito, mas sim a três situações diferentes de irregularidades de direitos, que convivem com outras tantas previstas em dispositivos legais esparsos:

---

<sup>241</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. *Exercício do direito*, p. 56.

<sup>242</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé*, p. 610-611 e nota 99.

<sup>243</sup> RODOVALHO, Thiago. *Abuso de Direito*, p. 180: para quem, o abuso é um ilícito objetivo.

<sup>244</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 340. V.3.

<sup>245</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 879-882.

<sup>246</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 662.

<sup>247</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, p. 534 e *O abuso do direito*, p. 54-55.

<sup>248</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *O abuso de direito – um estudo de direito civil*. *Revista do CEJ*, Lisboa, n. 1, p. 34, 1º semestre 2015: afirma o autor: “Repito, sem receio de melindrar, que o instituto do abuso do direito só é necessário para os maus juristas e para a má concretização do direito subjetivo. Mas eles existem.”.



Falar pois num unitário abuso de direito só confunde. As figuras contempladas são muito diferentes e os regimes variam, ao sabor da sua índole específica. Bons costumes, boa-fé e fim econômico e social exprimem espíritos e funções muito diferentes. Nada se lucra com tomá-los como comuns; pelo contrário, abre a porta a erros graves.<sup>249</sup>

Há, ainda, os que defendam a existência de uma modalidade especial de ato ilícito situada entre o lícito e o ilícito. São eles: Carlos Sessarego<sup>250</sup> e Jorge Americano.<sup>251</sup>

Doutrina minoritária defende a independência do ato abusivo perante o ato ilícito: em Portugal, Cunha de Sá<sup>252</sup> e Castanheira Neves.<sup>253</sup>

No Brasil, podemos citar como defensores da independência entre os institutos do ato ilícito e do ato abusivo Heloísa Carpena<sup>254</sup> e Inácio de Carvalho Neto.<sup>255</sup>

No mesmo sentido, Vladimir Mucury Cardoso, para quem o Código Civil brasileiro, ao não conceber o abuso do direito como instituto autônomo, persistiu “no equívoco de considerá-lo simplesmente um ato ilícito.”<sup>256</sup>

Muitos autores que se posicionaram contrariamente à independência do abuso do direito perante o ato ilícito assim o fizeram antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002.

Cunha de Sá, nas lições que nos fornece sobre o tema, alerta que a solução da problemática que envolve a autonomia dogmática do abuso do direito perante a ilicitude tem sido prejudicada pela responsabilidade civil, ou seja, pela ótica da indenização dos prejuízos por alguém ocasionados.

Afirma o autor que o ato ilícito e o ato abusivo não são encarados por eles próprios, mas como um dos requisitos da responsabilidade civil:

---

<sup>249</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *A desconstrução do abuso do direito*, p. 76.

<sup>250</sup> SESSAREGO, Carlos Fernandez. *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Astrea. 1992, p. 135-165: defende que o abuso é um ato ilícito “sui generis”.

<sup>251</sup> AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2. ed. São Paulo: Casa Vanorden, 1923, p. 41.

<sup>252</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 496-514.

<sup>253</sup> NEVES, Castanheira. *Questão-de-facto-questão-de-direito*, p. 526.

<sup>254</sup> CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito*, p. 367-385.

<sup>255</sup> CARVALHO NETO, Inacio. *Abuso do Direito*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 186 e 241.

<sup>256</sup> CARDOSO, Vladimir Mucury. *O abuso do direito*, p. 78.

Trata-se de uma perspectiva essencialmente errada e viciosa, pois quer a ilicitude, quer o abuso do direito não existem apenas enquanto ocasionam danos, nem conseqüentemente se legitima a criação de conceitos específicos do domínio da obrigação de indenizar.<sup>257</sup>

Obviamente que, para se falar em ilicitude é necessário que o sujeito contrarie uma norma, pois, se não for assim, não se pode imputar a ele qualquer ilícito. Repita-se que, diferentemente, ocorre com o abuso do direito, no qual não há violação formal de qualquer disposição legal.

Além disso, na investigação e na apuração do ato abusivo, não se perquire acerca da existência de culpa, sendo esta absolutamente desnecessária, como visto, para a configuração do instituto.

Como bem salienta Inácio de Carvalho Neto, o abuso ultrapassa os limites de um simples problema de responsabilidade civil. O abuso revela algo mais do que uma responsabilidade.<sup>258</sup>

O Código Civil de 2002, com a redação do artigo 187,<sup>259</sup> avançou ao deixar de relacionar o abuso ao exercício irregular.

É de se notar que o critério de apuração do abuso reside no desvio de finalidade apresentado pela conduta do titular do direito.

Os poderes do titular do direito serão sempre informados pela função que lhe é correspondente. Esta forma de entender e de exercer o direito está de acordo com os princípios e valores que informam a sociedade que se pretende ética, solidária e justa.

O critério do “motivo legítimo”, para que seja identificado o abuso, parte das condições objetivas do exercício do ato e as coloca ao lado da finalidade que foi atribuída ao direito, para, então, relacionar estes elementos com as balizas inseridas no artigo 187 referido.

Parece claro que a estrutura do abuso, bem como as suas características, bastariam para apartar o instituto do ato ilícito. No entanto, tanto a sua posição dentro do Código Civil, isto é, no capítulo do ato ilícito,

---

<sup>257</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 497.

<sup>258</sup> CARVALHO NETO, Inacio. *Abuso do Direito*, p. 187.

<sup>259</sup> “Art. 187 – Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

quanto a referência no texto “Também comete ato ilícito...” não contribuem para iluminar o instituto.

Como bem salientado por Heloísa Carpena, “[a] concepção do abuso de direito como espécie de ato ilícito, permita-se insistir, além de obscurecer seus contornos, caminha no sentido da responsabilidade subjetiva, sendo a culpa elemento quase indissociável do conceito de ilicitude.”<sup>260</sup>

A culpa e o abuso são inconciliáveis.

No tocante à redação do artigo 187, a crítica não se limita ao início da redação. A palavra “manifestamente” permite a dúvida sobre estar se referindo à quantidade ou à qualidade, tal como aponta Heloisa Carpena.

Teresa Lopez coloca a origem do advérbio nas leis portuguesa, grega e suíça, as quais, segundo afirma, serviram de inspiração à lei brasileira.<sup>261</sup>

Sergio Cavalieri entende o advérbio como uma válvula de segurança que separa o ato lícito do ilícito.<sup>262</sup>

Fernando Noronha aponta o parâmetro como sendo vago, mas afirma ser o único adequado por estar alinhado com a concepção finalista adotada pelo legislador brasileiro.<sup>263</sup>

Entendemos que, para a caracterização do ato abusivo, o atuar do sujeito não precisará estar manifestamente disfuncional. Bastará que esteja provada a contrariedade aos limites axiológicos sem que haja necessidade de verificação da sua extensão, se grande ou pequeno.

O artigo 187 traz ainda duas palavras que demonstram quase uma falta de cuidado: a primeira, o verbo “exercê-lo” e a segunda, o substantivo “direito”. Quanto ao verbo, importante consignar que o abuso do direito tanto pode decorrer de conduta comissiva quanto de conduta omissiva. O sujeito que atua em abuso pode fazê-lo através de uma ação ou de uma omissão. No que se refere à palavra “direito”, o abuso é um instituto que não se limita ao direito subjetivo, atingindo outras prerrogativas como as faculdades, os poderes, liberdades e direitos potestativos.

---

<sup>260</sup> CARPENA, Heloisa. *Abuso do direito*, p. 382.

<sup>261</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. *Exercício do direito*, p. 58.

<sup>262</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p.155-156.

<sup>263</sup> NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais* (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994, p. 174.

Entender a distinção entre ato abusivo e ato ilícito - centrada na natureza da violação a que ambos se referem - é fundamental para que se possa compreender corretamente o abuso do direito.

O ordenamento jurídico não é completo, como se pensava durante o positivismo jurídico. Reconhecer que o ordenamento jurídico é incapaz de prever todas as condutas antissociais, disfuncionais e indesejadas é o caminho que levará a um sistema jurídico de acordo com a harmonia que se pretende ver instaurada nas relações sociais.

Apenas se pode falar em ilicitude quando o comportamento do agente é violador de uma regra expressa na norma legal: um comportamento (comissivo ou omissivo) que contraria expressa previsão de conduta proibida. No entanto, sempre que a qualificação de ilicitude não couber ao legislador, “mas sim, casuisticamente, ao julgador, estaremos tratando de abuso.”<sup>264</sup>

## 5.1 AS TEORIAS SOBRE O ABUSO DO DIREITO

O presente estudo não pode dispensar o registro mais detido das disputas doutrinárias iniciais, as quais pretendiam, de um lado, negar e, de outro, afirmar a existência do abuso do direito.

E isto é assim porque os “dados primários”, conforme denominação conferida por Cunha de Sá,<sup>265</sup> revelam a verdadeira qualificação jurídica do abuso do direito, fundamental para a defesa de sua autonomia.

Os autores que se dedicam ao estudo deste tema abrem duas perspectivas de estudos: a primeira voltada para a pesquisa da existência ou não do ato abusivo e a segunda, uma vez admitida a existência do abuso do direito, concentra-se em perquirir quais serão as balizas, os limites ou os critérios para concretizar ou individualizar o abuso e as suas hipóteses.

O estudo das teorias negativistas pode parecer, a princípio, um trabalho desnecessário. No entanto, tal percepção é logo colocada de lado, por mostrar-se equivocada, na medida em que, através do conhecimento de

---

<sup>264</sup> CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito*, p. 373.

<sup>265</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, 1997, p. 289.

seus argumentos, é que é possível entender e construir as diferenciações fundamentais entre o ato abusivo e o ato ilícito, como, por exemplo, quanto à ilicitude.

O início do século XX foi momento fértil para o abuso do direito, sendo este o período que concentrou as obras doutrinárias mais importante sobre a matéria.<sup>266</sup>

### 5.1.1 Teorias negativistas

O ponto de partida foram as teorias que negavam a existência do abuso do direito, daí decorrendo as discussões travadas acerca da sua admissibilidade ou não como instituto jurídico com autonomia.

Podemos iniciar a exposição acerca das teorias negativistas do abuso do direito por Leon Duguit.<sup>267</sup> Deve ser enfatizado que a figura do abuso do direito coloca em evidência conceitos da teoria geral do direito, especialmente o conceito de direito subjetivo.

Para este autor, o direito subjetivo não existe. Desse modo, também não existe o abuso, que surge exatamente no exercício de um direito. Para Duguit, não se abusa do que não existe. O direito subjetivo teria uma

---

<sup>266</sup> Sobre a evolução detalhada de todas as teorias acerca do tema da existência ou não do abuso ver SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 282 e seguintes.

<sup>267</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito Civil*, p. 191: o autor classifica as teorias que negam o direito subjetivo: (i) Positivismo Sociológico, na qual quem mais se destacou foi Duguit, que se recusa a aceitar que haja um direito que represente a supremacia da vontade individual sobre as demais pessoas e o faz a partir da ideia de solidariedade e de interdependência social; (ii) Positivismo Normativista, em que sobressaiu-se Kelsen, que defendia o monismo jurídico, isto é, para ele existia ou deveria existir apenas o direito objetivo, na medida em que o direito subjetivo nada mais era do que o resultado da aplicação aos indivíduos do direito objetivo. Para Kelsen, o dualismo encerra um componente ideológico (liberdade e valores morais e espirituais) que não cabe na sua concepção formal. A crítica de Francisco Amaral a tais teorias está no fato de que ambas desconhecem que o homem é um ser anterior ao Estado e ao ordenamento jurídico, embora reconheça que ambas trouxeram ganhos ao desenvolvimento do direito subjetivo, sendo certo que a primeira teoria ajudou na compreensão de que o direito subjetivo não existe sem o direito objetivo. Por outro lado, o positivismo sociológico, ao ressaltar este espectro social que envolve todo indivíduo, contribuiu para a apresentação de limites ao direito subjetivo que informam as teorias do abuso do direito e da função social da propriedade, por exemplo.

natureza antissocial, sendo que uma vontade não poderia ser superior a outra.<sup>268</sup>

À esta posição, seguiu-se aquela defendida por Rotondi, que via o abuso como um dado de fato ou um fenômeno sociológico. Percebe-se que, sob o ângulo jurídico, o autor negava a existência do abuso do direito entendendo que o mesmo era incompatível com os fundamentos do sistema jurídico. Rotondi enxergava o abuso como um veículo para a evolução do direito, ajudando no progresso das relações sociais.<sup>269</sup>

Sustentava o jurista italiano que, sempre que o comportamento é tutelado pelo ordenamento jurídico, a consciência jurídica o tem como lícito, justo e moral. No entanto, com o passar dos anos, a sociedade passa por transformações, impondo mudanças à esta mesma consciência jurídica. Decorre daí que o ato que antes era lícito, justo e conforme à moralidade pode passar a ser considerado intolerável e abusivo, embora ainda seja tido pelo direito como lícito, pois as mudanças no ordenamento jurídico positivo são mais lentas que as transformações sociais.

Assim, para Rotondi, o abuso do direito é um fenômeno social ou um conceito metajurídico que não existe no plano do direito, e que pode ser visto como uma bandeira de vanguarda e um elemento dinâmico que assegura o desenvolvimento do direito. Portanto, sendo o abuso um mero fenômeno à doutrina, cabe apenas chamar a atenção do legislador para revisar e atualizar as regras de direito.

Cunha de Sá enfatiza que, apesar de Rotondi não reconhecer o abuso como um instituto jurídico, a sua tese reconhece ao abuso “a inestimável função de mola do progresso jurídico.”<sup>270</sup>

Sempre indispensável é registrar a posição crítica de Cunha de Sá acerca de todas as questões que envolvam o abuso o direito. Nesta esteira e acerca da tese ora em comento, o autor afirma que, em seu aspecto

---

<sup>268</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito*, p. 157.

<sup>269</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 310: “Neste plano, o abuso do direito, enquanto significa a condenação moral, pela consciência colectiva, de um determinado acto, que, todavia, pelo ordenamento positivo vigente, consiste no exercício de um direito e que, por conseguinte, é lícito, apresenta-se como um fenómeno social de interesse geral e, ao mesmo tempo, como um dos momentos dinâmicos da evolução do direito.”

<sup>270</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 314.

ideológico, a posição demonstra o conservadorismo de Rotondi, completamente de acordo com o positivismo jurídico vigente na época e afirma que o entendimento somente seria aceitável se não fosse possível a construção jurídica do abuso.

Interessante notar que Rotondi, apesar de reconhecer a existência sociológica do abuso do direito, bem como que a vida em sociedade nos concede diversos exemplos nos quais os sujeitos exercem os direitos de forma descolada da consciência jurídica da coletividade, confessa, por outro lado, a incompetência do direito na repressão e na prevenção do atos abusivos.

Na crítica que remete a Rotondi, Cunha de Sá afirma que é na própria disciplina do exercício dos direitos que estão contidos os elementos ou os valores que visam assegurar a prevenção contra os atos abusivos.

Segue-se a tese de Planiol, para quem, se o sujeito tem o direito de realizar determinado ato ou de se abster de praticá-lo e age de acordo com um destes dois comandos, não estará cometendo qualquer falta, ainda que do agir comissivo ou omissivo decorra prejuízo a outrem.

Planiol negava a autonomia dogmática do abuso do direito como uma consequência do caráter absoluto do direito subjetivo, sendo, para ele, impossível vislumbrar qualquer outra postura que não fosse agir dentro do direito ou agir com falta ou excesso de direito. Segundo esta tese, aquele que atuou de forma abusiva praticou um ato ilícito e não atuou no exercício de um direito. Fácil será concluir que o autor nega autonomia científica ao ato abusivo perante o ato ilícito.

A crítica de Cunha de Sá à tese de Planiol centra-se na repetição, falta de criatividade, bem como na falta de consistência nos argumentos declinados por aqueles que negam a autonomia científica ao abuso. Afirma que o ponto é sempre o mesmo: a impossibilidade de conciliação entre o abuso e o direito.

Segundo o entendimento de Cunha de Sá, reduzir o abuso ao excesso de direito, conforme defende Planiol, é a ideia de que a tutela concedida ao sujeito vai até onde termine o seu direito subjetivo. No entanto, enquanto o sujeito aja com o seu direito ou nos limites do seu direito, jamais poderá haver uma situação de responsabilidade, uma vez que toda a atuação é lícita.

Assim, não poderia haver uma categoria de atos contrários ao direito diferente dos atos ilícitos, ou seja, o direito cessa onde começa o abuso, o que leva à conclusão de que este somente pode ser a “ausência ou a carência do direito.”

Cunha de Sá escreve:

Ou seja: é a perspectiva dogmática do direito subjetivo, pensado como algo de inteiramente absoluto, com a consequente divisão da realidade em termos de pura alternativa (*ou* existência absoluta do direito *ou* falta absoluta do direito) que retira a possibilidade de um terceiro termo, o qual seria constituído pelo acto abusivo. Por isso, porque entre licitude e ilicitude não pode conceber-se qualquer outra forma intermédia de contrariedade ao direito, é que os actos abusivos são reduzidos aos actos sem direito, aos actos ilegais *tout court*.<sup>271</sup>

Planiol defendia a ideia de que os direitos quase nunca são absolutos, e isto poderia levar a se pensar que o autor estaria sendo contraditório, reconhecendo a existência de limites, mas mantê-los absolutos em sua natureza, isto é, uma separação artificial.<sup>272</sup>

O abuso do direito não se conforma em um pensamento lógico-conceitualista existente na dogmática tradicional do direito. Certamente, em virtude desta inadequação, apontam-lhe como sendo a sua posição enciclopédica a área dos atos praticados sem direito, ou seja, ilícitos.

Encerrando a exposição sobre as teses que negam a existência do abuso do direito, encontra-se aquela para a qual o abuso é mero princípio de interpretação de normas jurídicas. Para esta teoria, o abuso é necessário,

---

<sup>271</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 327.

<sup>272</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 328-329: “uma coisa é a afirmação dos limites dos vários direitos e outra a afirmação, que vemos repetida pelos mais diversos autores, de eles continuarem a ser, não obstante tais limites, absolutos na sua natureza. Isto é: pretende-se separar, artificialmente, o princípio do direito e o exercício do direito, para continuar a falar, quanto àquele, de direitos absolutos. A verdade, porém, é que é falha de legitimidade a separação conceitualista entre essência ou natureza dos direitos e exercício dos mesmos e ela só deve à preocupação (ou preconceito) de manter aquela, ainda que apenas dentro de uma análise abstracta, como pretensamente absoluta e ilimitada. Ora, o que a teoria do abuso do direito fez ver foi precisamente a sem razão de sustentar que uma coisa possa ser absoluta em si mesma e limitada na sua aplicação, certo como é que os direitos não são algo que existam por si só, como entidades abstractas e que retirem de si mesmas a própria razão de ser – ao fim e ao cabo, que o limite que se reflecte no exercício dos direitos é o mesmo limite que existe na sua natureza ou conteúdo, desfazendo, portanto, o pretenso carácter absoluto deste.”



tendo em vista a grande abstração das normas jurídicas que, ao serem aplicadas sem qualquer interpretação, geram injustiças. O abuso era reconhecido não como um instituto, mas apenas como princípio geral de interpretação das normas legais.

Cunha de Sá apresenta a sua crítica a esta teoria afirmando que, para a esta, o abuso se trataria apenas de fixar o conteúdo dos limites da interpretação da norma positiva e cita Castanheira Neves:

Quer dizer: reduzir o abuso do direito à correção das contradições de princípios da ordem jurídica, isto é, convertê-lo apenas num princípio geral de interpretação das normas jurídicas no que se refere ao exercício dos direitos subjetivos, é perder de vista a natureza específica do acto abusivo perante o acto ilícito, é tornarmo-nos incapazes de compreender que o problema do abuso do direito “é um problema metodológico-normativo de realização (ou de aplicação) concreta do direito, e não um problema dogmático de determinação do conteúdo jurídico *positum* (na lei).<sup>273</sup>

Por fim, defende-se que não é pela interpretação que se qualifica um ato como abusivo ou não, lícito ou não, mas sim porque há um juízo de abusividade sobre o ato.

### 5.1.2 Teorias afirmativas

A tentativa de explicar e classificar o abuso do direito é plural. Assim é que existem diferentes classificações para as teorias que procuram identificar o ato abusivo. Este trabalho preferiu elencar a classificação adotada pela teoria clássica de Cunha de Sá, por considerar que é a que melhor identifica e explica as diversas correntes.<sup>274</sup>

---

<sup>273</sup> **SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 343: o autor afirma também que, para Castanheira Neves, o problema do abuso do direito não é uma questão de interpretação da lei, pois, se fosse assim, dever-se-ia estudá-lo dentro da teoria responsabilidade civil.**

<sup>274</sup> **BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo código civil*. São Paulo: Método. 2006, p. 36-42: apresentando a classificação das correntes em subjetivista, objetivista e mista. Pela primeira, investiga-se o ânimo do sujeito, essencial para configurar a ilicitude no exercício do direito. Esta teoria é vizinha do ato emulativo. Para a corrente objetivista ou finalista, basta que se atenha aos meios e aos efeitos para a apuração**

A primeira tese dentre aquelas que admitem a existência do abuso do direito é a que entende o abuso como a anormalidade do dano resultante do exercício de um direito. Segundo este entendimento, o abuso é caracterizado nas situações em que o dano a terceiro não pode ser considerado como normal ou usual no exercício daquele direito.

Há quem atribua esta tese a Saleilles, que identificou o ato abusivo como ato anormal. Porém, como lembra Cunha de Sá, esta comparação que fazia Saleilles dizia respeito à atuação contrária ao “destino económico ou social do direito subjectivo exercido, e não propriamente com a conduta cuja anormalidade seria reflectida pela do preciso dano por ela produzido.”<sup>275</sup>

É Savatier a quem se deve a concepção mais bem formulada do abuso do direito como anormalidade do dano. Para este autor, o ato abusivo apenas poderia existir no caso dos direitos legalmente previstos e que possuam na sua natureza a possibilidade de prejudicar outra pessoa.

Savatier agrupa os “direitos de prejudicar” em direitos de concorrência, direitos de defesa, direitos de promiscuidade (incluindo aqui os direitos de vizinhança), direitos de exprimir os próprios pensamentos e direitos de abstenção. Quanto a estes direitos, o limite ao seu exercício deveriam ser fixados pela equidade, que é variável.<sup>276</sup>

O abuso apenas surgiria quando o agente, atuando dentro dos limites legais do seu direito, por negligência, deixasse de evitar um dano anormal para uma terceira pessoa, ou seja, o ato produziria um prejuízo anormal.

Critica-se a inclusão de um elemento de qualificação quanto ao exercício do ato, e às suas consequências. Cunha de Sá afirma que a questão no abuso não é saber se o dano é normal ou anormal, mas sim se o exercício é ou não legítimo, tendo ou não fundamentação.<sup>277</sup>

Para Ripert, o abuso do direito deve ser reconhecido como um corretivo de moralidade ou como carência de legitimidade ética do sujeito

---

do abuso. Por fim, quanto à teoria mista, pretende conciliar os dois entendimentos antes esboçados.

<sup>275</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 349-350.

<sup>276</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 353-354: afirmando sobre os direitos de prejudicar que “[d]e modo que os direito de prejudicar outrem deixam de existir, como tais, logo que forem ultrapassados os respectivos limites de equidade e o acto é pura e simplesmente ilegal e, quando culposos, obriga a indemnizar, sem que seja precisa pata cosa alguma a figura do abuso do direito.”

<sup>277</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 354.

para o exercício do direito. Ripert entendia que os problemas que cercavam a teoria do abuso do direito eram derivados do fato de ter-se colocado o abuso no âmbito da responsabilidade civil e do fato de apenas se referir à necessidade de moralidade no exercício dos direitos.

A intenção de prejudicar vem revelada no ato abusivo, na medida em que, para o autor, a teoria engloba as hipóteses em que a pessoa age normalmente e de acordo com o seu direito, mas foi instada a agir pelo desejo de prejudicar o terceiro. Haveria a violação de um dever moral, mas através da cobertura feita pelo exercício de um ato legal conforme o direito.

A conduta possui legitimidade legal, mas, por outro lado, é desprovida de legitimidade moral, “o que vem a traduzir um correctivo externo da legalidade, assim, indicador de uma total estranheza, que não pode encontrar justificação nem compreender-se entre direito e ética.”<sup>278</sup>

Direito e moral não são compartimentos completamente isolados, interpenetram-se fazendo com que a juridicidade não possa ser reduzida ao positivismo absoluto, pois nele é impossível reunir todos os princípios éticos, culturais, sociais, econômicos e políticos de que a norma jurídica é instrumento.

Afastadas as teses anteriores, entendeu a doutrina que a construção da teoria do abuso do direito deveria ser feita levando-se em consideração a essência do direito subjetivo e a contradição ao elemento valorativo deste.

É necessário identificar qual ou quais são estes elementos valorativos,<sup>279</sup> que se reconduzem à contrariedade ao espírito do direito subjetivo ou à finalidade para ele estabelecida. Note-se que os limites objetivos estabelecidos pela norma são respeitados, mas o agente atua na busca de um fim diferente daquele que teve em mente o legislador.

Josserand estabeleceu o conceito e deu forma ao finalismo do direito subjetivo, o que possibilitou a revelação da contradição entre o elemento valorativo e o direito exercido, tendo definido os seguintes elementos do abuso do direito: (i) uma pessoa seja titular do direito e capaz de exercê-lo;

---

<sup>278</sup> **SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 402.**

<sup>279</sup> **SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 403: afirma o autor que a doutrina percorreu um longo caminho para a construção científica do abuso e que ele está situado no cerne do próprio direito subjetivo: “entende-se que há-de ser *dentro dele e por ele* que o abuso se revelará como resultado de uma contradição essencial com um dos elementos valorativos do direito subjectivo.” (grifos nossos).**

(ii) use do seu direito dentro dos limites objetivos traçados pela norma e (iii) o exercício aponte numa direção diferente da que é assinalada pelo próprio espírito do instituto.<sup>280</sup>

Na busca pela identidade do abuso do direito no âmbito do direito subjetivo, outra corrente denominada “causalismo” entendeu-o como um exercício que contraria a situação de poder da qual o direito subjetivo é expressão jurídica. Este entendimento, no entanto, falhava na medida em que o fato de um direito ser preferido a outro ou ser mais forte do que o outro não é o que decide sobre a preferência por um dos interesses em conflito com exclusão do outro.

A caminhada para o consenso acerca do que seria o abuso do direito é feita através do direito subjetivo, buscando respostas na construção e na evolução deste conceito.

E é este o ponto em comum que possuem as teorias afirmativas: identificam o abuso no interior do direito subjetivo, uma vez que manifesta-se a disparidade entre, de um lado, o exercício do direito e, de outro lado, o sentido teleológico em que se funda este mesmo direito subjetivo.<sup>281</sup>

Registre-se, a propósito, da necessidade de evolução dos conceitos, a lição de Cunha de Sá:

A uma observação mais atenta, o abuso do direito revela-se-nos, afinal, como o sinal exacto (ou um dos sinais mais exactos) de que o mundo jurídico ultrapassou em muito os tradicionais quadros e molduras formalistas do conceitualismo, para ser a própria vida em norma, ou o constante aferir e confrontar da concreta realidade histórico-cultural com os valores jurídicos que lhe presidem, numa simbiose inelutável ou numa assimilação exigente de facto e direito.

---

<sup>280</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, p. 414-417: o autor apresenta a sua crítica à tese de Josserand afirmando que ele não consegue afastar-se totalmente da visão metajurídica do direito ao apontar para os vários espíritos do direito subjetivo. Para ele, um problema a enfrentar é descobrir qual o ponto de referência que nos habilita a falar em exercício a contrário senso.

<sup>281</sup> CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos contratos*, p. 56: segundo a professora, “[e]xercer legitimamente um direito não é apenas se ater à sua estrutura formal, mas sim cumprir o fundamento axiológico-normativo que constitui este mesmo direito, que justifica o seu reconhecimento como tal pelo ordenamento e segundo o qual irá aferir a validade do ato de exercício. A teoria do abuso do direito passa então a rever o próprio conceito de direito subjetivo, relativizando-o.”

O desenvolvimento da teoria do abuso do direito está ligado de forma indissociável à revisão do conceito de direito subjetivo e do próprio Direito.<sup>282</sup>

A chegada da jurisprudência dos interesses através da doutrina de Jhering se opôs à jurisprudência sedimentada anteriormente e denominada jurisprudência de conceitos, na qual a lógica era a característica fundamental.<sup>283</sup> Com isso, desapareceu o sistema fechado de conceito jurídico e foi introduzida a tutela dos mais variados interesses que buscavam reconhecimento porque existiam na sociedade, eram uma realidade social.

Seguiu-se a jurisprudência dos valores, através da qual se diferenciavam o interesse dos critérios legais de valoração. Neste sentido, o legislador, ao desenvolver o seu trabalho, tem em mente os conflitos de interesses possíveis em numa determinada sociedade, de tal modo que faz prevalecer um sobre outro, isto é, determinado interesse cede a outro.

A prevalência de um interesse na norma jurídica traduz o valor escolhido pelo legislador como sendo aquele a ser prestigiado e que é, ao fim e ao cabo, o resultado da atuação “das forças sociais”.<sup>284</sup>

A revisão do conceito de direito subjetivo antes aludida era necessária, na medida da importância que o mesmo possui para a ciência jurídica. A concepção do direito subjetivo iniciou-se como a prerrogativa concedida ao seu titular de forma absoluta expressa na máxima romana: “Neminem laedit qui suo iure utitur”.<sup>285</sup> A evolução da vida em sociedade foi moldando um conceito de direito subjetivo a partir da Idade Média. O conceito evoluiu e se consolidou no século XIX com a pandectística alemã. O individualismo levou a uma progressiva subjetivação do direito.<sup>286</sup>

Perlingieri lembra que o conceito de direito subjetivo traduziu, ao longo dos tempos, “diversas avaliações e diversas ideologias”.<sup>287</sup>

---

<sup>282</sup> CARDOSO, Vladimir Mucury. *O abuso do direito*, p. 79: lembrando que a jurisprudência dos interesses desenvolvida a partir da doutrina de Jhering em oposição à anterior que se baseava no primado da lógica, introduzia o primado da indagação da vida e da valorização da vida, considerando o direito como “tutela de interesses” de ordens diversas.

<sup>283</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito*, p. 662-663.

<sup>284</sup> CARDOSO, Vladimir Mucury. *O abuso do Direito*, p. 80.

<sup>285</sup> Pode-se afirmar que os romanos não deram atenção ao conceito de direito subjetivo porque eram extremamente práticos.

<sup>286</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito Civil*, p. 189-190.

<sup>287</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 120.

Na sua evolução, passou de uma concepção objetiva a uma subjetiva, confundindo-se com o poder que a pessoa tinha pelo fato de ser livre, ou seja, aqui o seu fundamento axiológico é a liberdade do homem. Para Savigny, para quem o direito subjetivo era um poder da vontade, reconhecido como uma liberdade que não dependia de nenhuma vontade estranha à do seu titular. Seguiu-se, na evolução do conceito, a tese de Jhering, para quem o direito subjetivo era um interesse juridicamente protegido, reconhecendo o autor dois elementos fundamentais, quais sejam o substancial situado na utilidade ou no interesse e o formal relativo à proteção jurídica.<sup>288</sup>

Jhering criticava Savigny e afirmava que não se podia reduzir o direito subjetivo à vontade porque existem pessoas que não possuem vontade, mas, mesmo assim, são titulares de direito e porque existem aqueles que sequer sabem que possuem o direito e que nesta condição não podem expressar a sua vontade.

A definição do autor foi amplamente criticada porque existiam situações que demonstravam a presença de direito válido e eficaz ao qual não correspondia qualquer interesse, seja objetivo ou subjetivo. A teoria em análise não considerava os interesses reflexamente protegidos e preferia a finalidade do direito à sua substância.<sup>289</sup>

Na busca por encontrar um meio termo, a doutrina formulou uma definição na qual o direito subjetivo era o interesse protegido reconhecendo um poder jurídico ou um poder da vontade que garantiria a realização daquele, ambos provenientes da lei.<sup>290</sup>

Também esta teoria não se firmou. Surgiu, então, a teoria do relativismo dos direitos, que afirmava que os direitos não se realizavam em uma direção qualquer, mas sim num determinado ambiente social, de acordo com um objetivo ou missão, e de acordo com princípios gerais.<sup>291</sup>

---

<sup>288</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, p. 24

<sup>289</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito*, p. 147-170.

<sup>290</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito*, p. 154: afirma que aqui não se criou nada, apenas se fez uma justaposição dos conceitos defeituosos anteriores gerando uma definição confusa.

<sup>291</sup> LIMA, Alvino. *Abuso de direito*, p. 31-32: “Os direitos não, são, portanto, concedidos aos indivíduos, para satisfazer apenas os seus interesses e necessidades; não são poderes, conferidos por lei, amparando proventos ilimitados quaisquer que sejam os motivos das nossas ações ou as consequências oriundas do exercício de

A escola jurídico-formal assumiu que o direito subjetivo implica valorações ao sistema que levam em consideração o que se pretende como sociedade. É maior do que simplesmente se pensar o direito de forma abstrata, pois significa exercer o direito com respeito e responsabilidade.<sup>292</sup>

A par de assegurar-se uma liberdade concreta ao homem que envolve direitos e deveres a serem exercidos dentro dos limites objetivamente traçados, sobressai o fato de que o direito subjetivo está inserido na ordem jurídica, tornando-se ultrapassada a ideia de que é inato ao homem. O direito subjetivo é produto da norma jurídica.

Menezes Cordeiro, na sua exposição crítica acerca da evolução do direito subjetivo, nos ensina que

[n]ão pode, porém, abdicar-se, com ligeireza, do nível significativo-ideológico do direito subjetivo. Aspectos importantes do jusliberalismo mantêm-se, ainda que adaptados, nas sociedades pós-liberais abertas. O direito subjetivo é sentido, não como puro instrumento técnico, reservado a juristas, mas como vantagem pessoal, a conquistar a defender. Demonstra-o o uso crescente, feito pelas constituições e por outros instrumentos jurídicos ou políticos, da expressão “direito”: direitos fundamentais, direitos humanos, direitos dos trabalhadores, direitos das minorias [...]. No essencial, contudo, algo se mantém: formalmente os direitos subjetivos da actualidade são posições de liberdade, concedidas ou, melhor, reconhecidas às pessoas; materialmente, implicam, para os beneficiários, vantagens económicas e outras.<sup>293</sup>

Neste contexto, o autor propõe a sua definição de direito subjetivo: “permissão normativa específica de aproveitamento de um bem”, afirmando que tal integra a moderna escola jurídica-formal e, ainda, introduz a permissibilidade, ou seja, o espaço de liberdade que é conferida ao sujeito do direito partindo da liberdade para os deveres.<sup>294</sup>

---

direito.....; a finalidade social dos exercícios de direitos não pode ser definida numa fórmula legal.”

<sup>292</sup> CARDOSO, Vladimir Mucury. *O abuso do direito*, p. 82: citando Menezes Cordeiro, o autor afirma: “Desta forma, busca-se assegurar a liberdade do homem, mas não uma liberdade abstrata e sim a liberdade concreta, concernente ao desfrute de vantagens e à afetação dos bens. Refere-se, pois, a uma liberdade real, sem deixar de considerar os limites dessa liberdade e, assim, dos poderes jurídicos colocados à disposição pelo ordenamento. Completa-se, deste modo, a ideia de liberdade com as noções de cooperação, de participação, de responsabilidade, enfim, de deveres imanes.”

<sup>293</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 669.

<sup>294</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé*, p. 670.

Perlingieri afirma que não há precedência entre direitos e deveres porque ambos originam-se no mesmo momento, na medida em que as situações subjetivas encontram-se inseridas numa relação jurídica.

O autor afirma que, no ordenamento jurídico moderno, o direito subjetivo é protegido e tutelado se estiver conforme o interesse do seu titular, mas também de acordo com o interesse da coletividade.<sup>295</sup>

Para a teoria defendida por Jean Dabin, o direito subjetivo envolve dois aspectos: pertencimento e domínio. O pertencimento significa dar a cada um o que é seu. Assim, o conceito de direito subjetivo pressupõe que um bem (material ou imaterial) ou valor esteja ligado a uma pessoa e que tal relação é consagrada pelo direito objetivo. Portanto, o titular pode afirmar que o bem é dele. O domínio é uma consequência do pertencimento e traduz-se no poder do exercício do direito.<sup>296</sup>

A doutrina majoritária atualmente procura explicar o abuso do direito de forma objetiva, sendo denominada de finalista. Leva-se em consideração o carácter antissocial ou antifuncional do ato, adotando-se o critério teleológico do desvio no exercício do direito de sua destinação social.<sup>297</sup>

Prevalece, atualmente, o entendimento de que, para que haja abuso, é necessária a existência de uma contradição entre o modo ou o fim com que o titular exerce o direito e o interesse a que o poder nele consubstanciado se encontra adstrito.<sup>298</sup>

Esta teoria afirma que basta uma análise objetiva do *modus operandi* e dos efeitos do ato do homem ao exercer o seu direito subjetivo, ignorando-se a sua intenção ou se ele agiu ou não com culpa, bastando que ele tenha extrapolado os limites objetivos elencados no artigo 187 do Código Civil brasileiro.

Há quem prefira configurar, no abuso do direito, o ânimo nocivo, necessário à configuração da ilicitude no exercício do direito subjetivo.

---

<sup>295</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 120-122.

<sup>296</sup> RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito*, p. 35-36.

<sup>297</sup> MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito*, p. 170: no critério objetivista de configuração do ato abusivo “o juiz tomará como ponto de partida de sua apreciação o fim social ou económico da relação jurídica que vincula as partes. Este fim não seria, porém, apreciado segundo as informações das partes, *mas objetivamente, mediante ponderação das circunstâncias nas quais se encontravam elas ao estabelecer a relação jurídica.*” (grifos nossos).

<sup>298</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, p. 537.



Existindo ainda autores que entendam que as duas correntes (objetiva e subjetiva) são conciliáveis, afirmando que, em algumas situações, estará presente a intenção do agente de prejudicar outrem.<sup>299</sup>

Pedro Baptista Martins, analisando as diversas posições doutrinárias acerca do tema abuso do direito, afirma que todas apontam para um atentado contra o equilíbrio no exercício dos direitos e que as diferenças destas posições existem apenas quanto à forma pela qual o ato atentatório ao direito se manifesta ou quanto ao critério que deve ser levado em conta para a apreciação da conduta do titular do direito.

O autor finaliza:

o direito não é conferido ao indivíduo como instrumento de gozo ou de satisfação de apetites, para que possa extrair dele utilidades puramente egoísticas, à custa dos superiores interesses da coletividade. As prerrogativas individuais estão condicionadas a um fim – que é a harmonia social. E para que essa se torne possível, é necessário que se procure assegurar a coexistência dos interesses, removendo-se ou atenuando-se os conflitos. Desde que o exercício do direito se realize em desconformidade com essa destinação, de maneira perturbadora do equilíbrio dos interesses juridicamente protegidos, que se enfrentam nas relações sociais, é claro que o ato deixa de ser lícito para ser reprovável.<sup>300</sup>

Assim, o abuso do direito ocorre e poderá ser reconhecido sempre que se verifique a violação material do fundamento axiológico do direito que está sendo exercido, e que, por outro lado, tem a sua estrutura formal preenchida regularmente. Abusa-se do direito sempre que se coloca a estrutura formal do direito a serviço de um valor diverso ou oposto ao fundamento axiológico que lhe é imanente ou que lhe é interno.<sup>301</sup>

Como ensina Cunha de Sá, o critério a ser utilizado para a identificação do abuso é interno e estrutural, “pois diz respeito ao confronto entre a direcção do concreto acto de exercício e o sentido que ao direito subjectivo é assinado pelo valor que lhe está inerente, isto é, por aquilo que axiologicamente importa na sua morfologia.”<sup>302</sup>

---

<sup>299</sup> BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito*, p. 41.

<sup>300</sup> MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito*, p. 171.

<sup>301</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso de direito*, p. 456: “Nesta aparência da estrutura que *finje* objectivamente o direito é que está, afinal, o abuso desse direito.”

<sup>302</sup> SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso de direito*, p. 456-457.

O direito subjetivo encontra-se intimamente ligado à evolução das sociedades. Ele representa conquistas importantes do indivíduo ao longo dos tempos, especialmente freando arbitrariedades do Estado.<sup>303</sup> As Constituições mais recentes passaram a utilizar mais do direito subjetivo, reconhecendo que parte da doutrina, a cada dia, mais faz predominar o interesse público sobre o privado. O que se procura é o reconhecimento da natureza constitucional dos direitos. Esta discussão pretende, na verdade, reconhecer que o direito subjetivo possui limites que nascem com ele e exige um exercício democrático.<sup>304</sup>

Pietro Perlingieri defende a necessidade de harmonização do direito subjetivo com o princípio da solidariedade, de maneira a funcionalizá-lo e socializá-lo. Desta forma, restará contrariada a fórmula que encerra no direito subjetivo num poder arbitrário e que foi tão propalada pelos defensores do seu caráter absoluto:

O perfil mais significativo é constituído pela obrigação ou dever, do sujeito titular do direito de exercê-lo de modo a não provocar danos a outros sujeitos, em harmonia com o princípio da solidariedade política, econômica e social (art. 2 da Const.). Isso incide de tal modo sobre o direito subjetivo que, ao invés de resultar como expressão de um poder arbitrário, acaba por funcionalizá-lo e por socializá-lo.<sup>305</sup>

Não se pode olvidar que, inclusive, aos direitos fundamentais são impostos limites e, nem por isso, os mesmos deixam de existir como tais.

## 5.2 O ABUSO DO DIREITO E O ATENDIMENTO AOS VALORES CONSTITUCIONAIS

---

<sup>303</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito civil*, p. 229: “No aspecto histórico, são os direitos subjetivos “produtos de um movimento ideológico democrático e liberal, destinado a proteger o indivíduo contra os excessos do absolutismo estatal.”

<sup>304</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito*, p. 329: “Sem dúvida que a liberdade em jogo no direito subjetivo não pode ser entendida em termos individualistas puros, ao sabor de um liberalismo primitivo. Toda a evolução industrial e pós-industrial ensinou a necessidade de lhe introduzir limites, como inevitáveis reflexos no próprio direito subjetivo ou antes: em certas formas de concretização do seu exercício. Assim, a liberdade jurídico-subjetiva deve ser complementada com as ideias de cooperação, de participação e de responsabilidade ou de deveres imanentes.”

<sup>305</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil*, p. 677.

O instituto do abuso do direito ocupa posição importante e destacada nos sistemas jurídicos que reconhecem a prevalência axiológica dos princípios constitucionais.

Este é o caso do Estado brasileiro que, no artigo 3º da Constituição da República,<sup>306</sup> elencou os objetivos fundamentais a serem perseguidos, mas que, no entanto, não podem ser concretizados em um único ato, devendo ser fruto do esforço comum.

Embora as normas constitucionais tenham conteúdo programático e, portanto, possuam um maior grau de abstração, nem por isso perdem eficácia normativa.<sup>307</sup>

Muitos princípios constitucionais tutelam relações de direito privado, embora haja autores que defendam posição contrária, entendendo que as normas constitucionais são dirigidas apenas ao legislador infraconstitucional e ao intérprete apenas no aspecto do controle da constitucionalidade.

Ora, estando a Constituição situada no ápice do ordenamento jurídico, não é possível desprezar a sua aplicação integral a todas as relações. A

---

<sup>306</sup> “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

<sup>307</sup> LEITÃO, Adelaide Meneses. *Normas de protecção*, p. 404-405: acerca da conformação do direito privado às normas constitucionais e a constante influência que o primeiro recebe na sucessão de modelos estatais, a autora observa que “A Constituição moderna conforma o Direito privado, quer no domínio da defesa da pessoa e da sua individualidade, quer no domínio da sua função programática. A evolução europeia de passagem do Estado de direito liberal para o Estado de direito social e deste para um Estado pós-social tem sido acompanhado a nível nacional (ainda que por vezes com algum atraso). Mais recentemente, o Estado tem procurado reduzir o seu papel. Embora não recuando a um modelo liberal puro, tem-se assumido, cada vez mais – fora das funções de soberania típicas –, como Estado regulador, tentando esvaziar alguns direitos sociais, dificilmente comportáveis de um ponto de vista financeiro. A sucessão destes modelos operou-se, numa primeira fase, sob a ideia de justiça social, pela transformação da igualdade formal em igualdade material e foi imposta pela evolução económica e técnica, que levou à transição da sociedade industrial para a pós-industrial, alterando significativamente o substrato político-social que se encontra na base das codificações de Direito privado, assentes na crença liberal de que a liberdade individual conduziria por si só a um justo equilíbrio social. As alterações, entretanto verificadas, não põem em causa o vector estruturante da autonomia privada no Direito privado, mas implicam que o mesmo seja completado e limitado por um espaço de maior responsabilidade dos particulares. A sociedade industrial está na origem da criação de um direito especial das sociedades, da concorrência, dos valores mobiliários, do trabalho e da segurança social.”

releitura do Código Civil e das leis à luz da Constituição é fundamental no Brasil.<sup>308</sup>

Deve-se ter em mente que as normas jurídicas estão ligadas de forma indissociável a motivos que as justificam. Assim, a técnica de criá-las é informada por proposições que modelam um projeto político. A realização e concretização deste projeto político traduzirá as escolhas fundamentais de uma sociedade. No caso do Estado brasileiro, temos os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da solidariedade.<sup>309</sup>

Os objetivos que uma sociedade elege como fundamentais revelam uma escolha entre diferentes opções e se exprimem através dos valores que são a ética da sociedade.

O fundamento de uma norma jurídica são os valores que se mostram como ideais e que moldam os comportamentos. O direito transforma-se em instrumento de controle social que é formado por normas cujos valores que lhes são ínsitos refletem as escolhas do legislador em prol da pacificação dos conflitos e, em consequência, da organização social. Tais valores traduzidos nos princípios constitucionais interferem diretamente nas relações interpessoais e no direito privado.

Transforma-se o direito privado que, com isso, se afasta da atividade individual para se aproximar da vida social.<sup>310</sup> Este fenômeno é chamado de

---

<sup>308</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas*, p. 1-22: o autor enfatiza a necessidade de se buscar a unidade no sistema jurídico “deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil.”

<sup>309</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado* / org. António Pinto Monteiro, Jörg Neuner, Ingo Wolfgang Sarlet. Coimbra: Almedina, 2007, p. 142/144: sobre os efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas no ordenamento jurídico brasileiro, afirma o Autor que: “... o pleito em prol de uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais nas relações privadas não se justifica apenas por razões de ordem dogmática, mas também em função da necessidade evidente de limitação do poder social e como resposta às persistentes desigualdades sociais, culturais e econômicas, ainda mais acentuadas em sociedades periféricas como a do Brasil.”

<sup>310</sup> LEITÃO, Adelaide Meneses. *Normas de protecção*, p. 407: sobre a influência do Estado nas relações privadas a autora observa: “De uma concepção individualista passou-se a uma concepção individual-social, devido sobretudo a uma maior intervenção do Estado nas relações privadas, tendo como objectivo a prossecução de finalidades colectivas no domínio económico-social. Esta intervenção estadual encontra-se, porém, em recuo, o que significa que os campos normativos que lhe estão associados diminuem. Não obstante, o Estado traça, cada vez mais, os limites dos comportamentos dos privados, restringindo o exercício da liberdade no mercado

“constitucionalização do direito civil” e caracteriza o Estado social. Deriva desta afirmação a crítica de alguns no sentido de que o uso dos princípios gerais abre muito espaço de poder ao juiz. De todo modo, o uso dos princípios na busca pela pacificação social oxigena o sistema e faz com que as decisões judiciais estejam em constante mobilidade, a fim de atender a sociedade moderna.

Francisco Amaral afirma que

[j]ustifica-se, portanto, o direito na sua existência e nos seus efeitos, pela realização dos valores que a sociedade estabelece como finalidade básica do ordenamento jurídico e que lhe serve de fundamento. O direito é, assim, um realidade cultural e histórica que somente se compreende com a referência e o conhecimento dos valores que constituem a sua finalidade e a razão de ser.<sup>311</sup>

O fim último do direito é garantir a vida das pessoas em sociedade, sem que, com isso, se negue a liberdade individual. Ocorre, porém, que no exercício desta liberdade, para que a mesma seja efetiva para todos, não é permitido que ela seja licença para o abuso, para o ultrapassar dos limites imanentes da norma.

No momento de se verificar a valoração de cada exercício de direito, com a intenção de saber se o mesmo excedeu ou não o fim previsto na lei, busca-se a razão da norma de forma concreta.

Para a exata compreensão da *ratio essendi* da norma, o intérprete deverá inevitavelmente se perguntar: “se a norma protege, o que protege, e de que protege.”<sup>312</sup>

Repita-se, por importante, que será apenas com o correto entendimento da razão de ser da norma é que se poderá verificar e compreender a disfuncionalidade, isto é, a contrariedade à razão de ser da norma eventualmente presente no exercício de uma posição jurídica. Esta perquirição pela razão de ser da norma nada mais é do que a ampliação do

---

e regulando e supervisionando, através de entidades administrativas independentes, o cumprimento desses limites.”

<sup>311</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito Civil*, p. 14.

<sup>312</sup> LEITÃO, Adelaide Meneses. *Estudos de direito privado sobre a cláusula geral de concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 2000, § 9, item 4, p. 157.

exercício de interpretação que permite o preenchimento das lacunas e das dúvidas do intérprete.

Neste ponto, surge uma questão levantada pela doutrina: a cláusula geral do abuso do direito confere um arbítrio desmedido aos juízes e gera insegurança para o direito?

Defendemos uma resposta negativa atendendo às seguintes razões:

1) O ordenamento jurídico não é fechado e exaustivo em termos de previsões das condutas abusivas. Diante disso, o intérprete deve realizar a ordem jurídica de forma a afastar a imperfeição do sistema;

2) As sociedades estão em constante mudança e precisam de fórmulas capazes de embasar decisões justas e condizentes com seu tempo; e

3) A constante mobilidade na vida social aponta para a necessidade de um sistema móvel de solução de conflitos.

Ruy Rosado de Aguiar Junior, reconhecendo que o tema é fonte de crítica na doutrina, nos lembra que a cláusula geral

[p]ressupõe uma técnica judicial diversa da que usamos comumente para aplicar a regra que tipifica a conduta, feita mediante simples subsunção para exigir um trabalho judicial prévio e criador da própria regra concreta do caso. Isso significa certa indefinição quanto à solução da questão, o que tem sido objeto de crítica. É a antiga bipolarização entre a segurança, de um lado, e o anseio de justiça concreta, de outro; do sistema fechado, imune às influências externas, e por isso mesmo estático e facilmente superável pelo evoluir das coisas de acordo com a sua natureza, em contraposição ao sistema aberto.<sup>313</sup>

Além disso, os juízes não são seres mecânicos. Não são mais a “boca da lei”. Por outro lado, também é certo que o magistrado não poderá julgar de acordo com as suas convicções pessoais. A forma de impedir que ocorra o arbítrio do juiz está no exame da finalidade econômica e social do direito, sendo que o desvio é facilmente apurável através do recurso ao motivo determinante do ato em questão.

Segundo Pedro Baptista Martins, “[o] critério da legitimidade, objetivamente considerado, exclui os perigos apontados pela crítica.”

---

<sup>313</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Projeto do código civil: as obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 775, p. 20, mai. 2000, p. 20.

<sup>314</sup>Prossegue o autor afirmando que o princípio *iura novit curia* que informa o sistema jurídico brasileiro impõe ao magistrado que analise e decida todos os conflitos que lhes são postos, ainda que não haja previsão legislativa. Sendo assim, entende que, diante da impotência do direito na tarefa de disciplinar todas as questões conflituosas surgidas em sociedade, “decorre natural e implicitamente o poder discricionário do juiz.”

José de Aguiar Dias sobre o tema afirma que aqueles que apresentam objeções acerca do fato dos juízes aplicarem cláusula aberta revelam

injustificada desconfiança contra os juízes e sua capacidade para aplicar fórmulas elásticas. De um lado, é leviana: esquece que maior inconveniente do que esse é o da subsistência das soluções contrárias às concepções culturais dominantes; de outro, é contraditória: subestima a habilidade do juiz e exagera a do legislador, supondo-o capaz de impedir, mediante normas mais ou menos minuciosas, todo e qualquer abuso.<sup>315</sup>

A noção que Cunha de Sá conferiu ao ato abusivo contribuiu de forma relevante para a construção de uma configuração que leve em consideração os princípios, normas e valores constitucionais, em virtude da correlação que o autor faz entre o instituto do abuso e os limites axiológicos do direito e que são as escolhas valorativas do legislador.

Perquire-se a causa do ato abusivo com o objetivo de vislumbrar o seu sentido teleológico: o direito subjetivo é um direito-função e o seu exercício de maneira abusiva faz romper o equilíbrio dos interesses sociais concorrentes.

Toda a legislação infraconstitucional deve obrigatoriamente reportar-se aos princípios constitucionais que constituem normas de comportamento, bem como aos elementos informadores da atividade interpretativa e criativa de direitos e deveres.<sup>316</sup>

Daniel Sarmento escreve que

---

<sup>314</sup> MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito*, p. 128.

<sup>315</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 578.

<sup>316</sup> CARDOSO, Vladimir Mucury. *O abuso do Direito*, p. 87.

na jurisdição constitucional, como em qualquer outra, o juiz encontra-se vinculado à ordem jurídica, que estabelece limites intransponíveis para a sua atuação. Dentro desses limites, ele tem certo espaço para buscar a solução mais justa para o caso concreto, mas não pode transcendê-los, pois a legitimidade da sua atuação decorre do seu respeito ao ordenamento.<sup>317</sup>

Numa visão constitucional, os valores que informam a sociedade e o seu sistema jurídico, os quais, se violados, apontam a ocorrência do abuso do direito, devem ser buscados na Constituição e na sua tábua axiológica situada no mais elevado ponto do ordenamento.

Há quem admita que o abuso do direito é uma “abertura para o infinito”,<sup>318</sup> mas a ideia revela-se equivocada e não se sustenta após se dê início à exata compreensão de seus termos e fundamentos. O abuso reflete a alteração da concepção filosófica do legislador que abandonou as leis rígidas e abriu caminho para as normas que permitem, em razão de sua elasticidade, regular melhor os casos concretos, através da análise de suas circunstâncias características e particulares.

Abandona-se a tipicidade e entrega-se à magistratura uma tarefa para a qual está absolutamente preparada, na medida em que é obrigação do juiz adaptar-se à evolução e as mudanças que ocorrem ao seu redor. O acolhimento expresso do abuso se alinha com os princípios que comandam o nosso sistema jurídico.

A possibilidade de se trabalhar com o conceito de cláusula geral, como é a constante do artigo 187, dá o tom contrário à casuística e permite enquadrar determinada hipótese legal a uma variedade de casos, usando, para tanto, a jurisprudência.

Os juízes, ao concretizarem as cláusulas gerais, cada vez mais utilizadas na legislação infraconstitucional, devem levar em consideração a promoção dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República, na medida em que o significado daquelas não pode estar em confronto com estes. Mas, para além da interpretação destas cláusulas, também é importante considerar que esta técnica proporciona efetivar os direitos fundamentais consagrados na lei maior.

---

<sup>317</sup> SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses*, p. 108.

<sup>318</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Projeto do código civil*, p. 20.



Sobre as cláusulas gerais, Rosalice Pinheiro afirma que “[h]á nelas uma vagueza semântica na *fattispecie*, permitindo tratar um número indeterminado de casos. A cláusula geral promove o reenvio a outros espaços do ordenamento jurídico, como *standards*, valores sistemáticos e extra-sistemáticos.”<sup>319</sup>

Embora se possa apontar equívocos cometidos na redação do artigo 187 do Código Civil brasileiro, o mesmo consagrou de forma definitiva a teoria do abuso. E deve ser destacada a importância dos limites expressos neste dispositivo legal, limites esses que devem ser interpretados atendendo-se a eficácia dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna. Importa dizer que a boa-fé estará atrelada ao princípio constitucional da solidariedade que expressa o dever de correção entre os titulares de posições jurídicas envolvidos nas relações jurídicas. Por outro lado, os bons costumes se perquirem através de uma concepção axiológica que liga a moral social vigente aos valores constitucionais, enquanto que o fim econômico e social liga formal e teleologicamente os direitos subjetivos e demais prerrogativas.

Através do disposto no referido artigo 187 está reconhecido o elemento ético que deve se impor ao exercício das posições jurídicas como uma baliza a impedir o abuso.

Outro ganho permitido pelo dispositivo legal antes mencionado é o de que ele permite realçar que o abuso não reside na culpa, mas sim no desvio de finalidade ou da função social. Acolhe-se a teoria objetiva finalista de Josserand.

O Código Civil brasileiro insere-se no movimento de atribuir às cláusulas gerais maior densidade e importância.

Os direitos individuais e coletivos têm o seu exercício subordinado aos parâmetros ditados pelo texto legal, quais sejam a boa-fé, os bons costumes e a finalidade socioeconômica que, por sua vez, revelam os valores eleitos pela sociedade como fundamentais no funcionamento do sistema jurídico.

Gustavo Tepedino afirma que, ao magistrado, está direcionado o desafio de colocar em harmonia a autonomia individual e o princípio da solidariedade social, de forma a que apenas mereça tutela jurisdicional a

---

<sup>319</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Contornos da abusividade, p. 228.

atividade econômica privada que “atende concretamente aos valores constitucionais”.<sup>320</sup>

As normas constitucionais refletem um projeto de convivência que foi escolhido pela sociedade. Estas normas incidem sobre todas as relações e legitimam os atos que são praticados em sua conformidade.

### 5.3 O RECONHECIMENTO *EX OFFICIO* DO ATO ABUSIVO

A possibilidade de reconhecimento de ofício do ato abusivo pelo magistrado é mais um ponto que agrega concretude à ideia de autonomia defendida por este trabalho, assim como os demais contornos da teoria do abuso não fica indene de controvérsias o fato de considerar-se o abuso do direito um preceito de ordem pública ou não.

No sistema jurídico brasileiro, apenas se submete ao reconhecimento *ex officio* aquelas normas jurídicas que sejam consideradas de ordem pública.

Ruy Rosado comentando o artigo 187 no Projeto de Código Civil apontou para a falha legislativa que omitiu tal característica.<sup>321</sup>

Rosalice Fidalgo Pinheiro escreveu que o fim econômico e social do direito encontra tradução no princípio da função social oriundo da funcionalização dos direitos subjetivos, sendo a função social limite interno e, portanto, imanente do próprio direito. O seu aparecimento é concomitante com o nascimento do próprio direito, sendo esta a razão para o reconhecimento oficioso do abuso do direito.<sup>322</sup> No mesmo sentido, Teresa Ancona Lopez, que reconhece na cláusula geral do artigo 187 do Código Civil uma norma de ordem pública.<sup>323</sup>

---

<sup>320</sup> **TEPEDINO, Gustavo.** *Relações de consumo*, p. 211.

<sup>321</sup> **AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado.** *Projeto do código civil*, p. 23.

<sup>322</sup> **PINHEIRO, Rosalice Fidalgo.** *Contornos da Abusividade*, p. 230.

<sup>323</sup> **LOPEZ, Teresa Ancona.** *Exercício do direito*, p. 60.

Vaz Serra concorda em que o abuso do direito seja apreciado *ex officio* pelo juiz, afirmando que cabe ao tribunal apontar os limites internos do direito, ainda que as partes não o invoquem.<sup>324</sup>

Oliveira Ascensão<sup>325</sup> afirma que as normas de ordem pública às quais denomina de “injunções imperativas” podem ser objeto de reconhecimento oficioso do abuso do direito. Quanto às demais normas, que o autor classifica como simplesmente injunções, entende que não possuem a possibilidade de reconhecimento de ofício do abuso. O autor entende que o artigo 187 do Código Civil brasileiro encerra disposição de ordem pública.

Menezes Cordeiro, igualmente, afirma que o abuso do direito poderá ser reconhecido de ofício pelos Tribunais.<sup>326</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, embora não exista previsão expressa consignando tratar-se o instituto do abuso do direito uma norma de ordem pública, somos da opinião de que a vedação ao exercício inadmissível das posições jurídicas deve ser assim considerado. Defendemos que seja assim porque os parâmetros constantes do artigo 187 do Código Civil brasileiro refletem valores fundamentais para o sistema jurídico.

Também pode ser dito que o instituto do abuso do direito traduz o princípio constitucional da solidariedade, um dos vetores da sociedade brasileira.

Oliveira Ascensão sobre este específico tema afirma que o apoio para considerarmos o abuso do direito norma de ordem pública pode ser buscado na redação do parágrafo único do artigo 2035 do Código Civil brasileiro, *in verbis*: “ Art. 2035. [...] Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

Afirma o autor que

[t]emos porém um apoio no art. 2.035 § único CC/2002, que qualifica como regras de ordem pública as relativas à função social da propriedade e do contrato. O preceito é relativo às convenções, mas dele retira-se facilmente a extensão da qualificação da ordem pública também para o próprio exercício. Daqui resulta que a

<sup>324</sup> SERRA, Vaz. *Abuso do direito*, p. 243 e seguintes.

<sup>325</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *A desconstrução do abuso do direito*, p. 74-76.

<sup>326</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Do abuso do direito*, p. 172.

contrariedade do exercício à função social deve ser oficiosamente apreciada em juízo.<sup>327</sup>

Diante disso, poderá o magistrado a qualquer momento e em qualquer instância reconhecer a ocorrência do abuso do direito, tenha sido ou não alegado pelas partes.

No entanto, é *mister* que se diga que o juiz não poderá surpreender as partes, sendo seu dever conceder prazo para que as mesmas se manifestem no processo, antes de decidir com base no abuso do direito. Agindo desta forma, o juiz evita a decisão surpresa, que é inadmissível, por contrariar o princípio do devido processo legal e do contraditório, e cumpre o que determinam os artigos 9º<sup>328</sup> e 10º<sup>329</sup> do Código de Processo Civil brasileiro.

Esta maneira de proceder sem que haja surpresa às partes reforça os argumentos que devem ser declinados contra as críticas que se colocam no sentido de ser o abuso do direito um perigo à segurança das relações jurídicas, na medida em que todos os direitos seriam subordinados ao arbítrio do juiz.

É de notar que o Código Civil brasileiro aumentou bastante os poderes do magistrado. Exemplos deste dado estão presentes nos seguintes artigos: (i) 113, que manda que os negócios jurídicos sejam interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, (ii) 421, afirmando que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato e (iii) 422, que obriga os contratantes a atenderem aos princípios da probidade e da boa-fé na execução e na conclusão do contrato. O parâmetro para a decisão é o prudente arbítrio do juiz, que na tarefa de decidir deverá considerar, ainda, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Note-se que esta amplitude de poderes referida foi concedida pelo legislador em prol da segurança jurídica e das novas diretrizes nas quais hodiernamente baseia-se o direito civil, quais sejam a eticidade, a operabilidade e a socialidade.

---

<sup>327</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *A desconstrução do abuso do direito*, p. 74-77.

<sup>328</sup> “Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.”

<sup>329</sup> “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

## CONCLUSÃO

O tema deste trabalho é complexo, sobretudo no Brasil, tendo em vista que estamos diante de uma matéria acerca da qual não existe posicionamento doutrinário e jurisprudencial definido.

Como visto, a evolução da jurisprudência emitida pelos Tribunais superiores brasileiros caminha, mas o faz, ainda, de forma tímida, sem fixar de forma robusta os critérios eleitos pelo legislador no interior das decisões.

No decorrer do presente trabalho, procuramos demonstrar que os direitos subjetivos se alteraram de tal forma que, deixando de ser absolutos, influenciaram diretamente a teoria do abuso do direito.

A relatividade das posições jurídicas se coaduna com os valores constitucionais que informam atualmente o ordenamento jurídico brasileiro.

Por meio do Estado, realizam-se valores e princípios fundamentais para a sociedade brasileira, tais como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a socialidade, afastando-se da característica egoística para se aproximar do social, no qual há efetiva preocupação com as necessidades e vontades alheias.

É neste cenário que o abuso do direito encontra a sua morada, apresentando-se como instituto de correção dos excessos cometidos pelos titulares de posições jurídicas que estejam eventualmente agindo fora dos limites eleitos pelo legislador.

A boa-fé, os bons costumes e o fim social e econômico surgem para corrigir o exercício das posições jurídicas. Salienta-se, no entanto, que o princípio da boa-fé possui um colorido peculiar para os casos de abuso do direito, porque possui uma vocação específica para intervir nas relações interpessoais.

O tema versado neste trabalho não é novo e remonta ao direito romano, embora com outra roupagem, mas sempre com o objetivo de corrigir a atuação do sujeito em sociedade. Com o passar dos tempos, objetivou-se, afastando-se do ato emulativo.

O direito é uma regra que se realiza e se representa concretamente. Além de seu lado formal e dogmático, existe também a sua natureza orgânica. Portanto, podemos afirmar que a lei e o direito não são sinônimos.

O Código Civil de 2002 adotou a posição objetiva acerca do instituto do abuso do direito ou, como também é chamada, finalista, através da qual não se perquire de forma alguma a culpa do sujeito. Restou totalmente abandonado o subjetivismo presente nos primórdios da teoria do abuso do direito, ocasião na qual se investigava a intenção do sujeito de prejudicar outrem.

O legislador do Código Civil de 2002, atento ao princípio da solidariedade, impõe que os direitos sejam aplicados no seu real contexto, permitindo que a situação jurídica seja compreendida, também, pelo prisma social. Portanto, é de fundamental importância que cada situação concreta seja avaliada individualmente.

Quando se escolhe privilegiar a natureza social para delimitar os direitos subjetivos tal não significa desprezar o indivíduo e os direitos individuais. É a comunhão social, a vida em coletividade que se pretende proteger. A soma do direito de todos significa, ao fim, a certeza de que cada um poderá exercer o seu direito isoladamente.

Alvino Lima entende que, ao se defender a limitação aos direitos subjetivos com base na igualdade formal que classifica como “o apanágio dos mais fortes”, deve-se defender a igualdade na sua visão socializadora do direito. Não se trata de desprestigiar o individualismo, mas de não colocar de lado a existência de interesse coletivo com o objetivo de reconhecer à sociedade o maior número de direitos, garantindo-se, ainda, o seu exercício.<sup>330</sup>

Vimos que, não obstante o artigo 187 mencione o vocábulo “direito”, trata-se do exercício de posições jurídicas, e não apenas direito subjetivo, alcançando, ainda, as prerrogativas, as faculdades, os poderes, o direito potestativo.

Apresentamos neste trabalho a nossa posição de que o abuso do direito é um instituto de ordem pública aplicável a todos os ramos do direito,

---

<sup>330</sup> LIMA, Alvino. *Abuso de direito*, p. 50.

e que pode, sem que haja surpresa para as partes, ser reconhecido *ex officio* pelo juiz.

Da mesma forma, pretendemos afastar a ideia equivocada de que o instituto do abuso do direito confere ao magistrado arbítrio ou poder exacerbado. As leis contemporâneas conferem aos juízes, cada vez mais, poderes, deveres e responsabilidades, acreditando e confiando que a magistratura está apta a desenvolver o seu papel de pacificador social de forma eficiente. Ademais, caso se verifique que o juiz abusou do poder que tem, os caminhos para a sua responsabilização estão disponíveis.

Procuramos expor ao longo deste trabalho que não há como se manter um entendimento que confere identidade a dois institutos absolutamente distintos. Não é possível afirmar que o ato abusivo é espécie de ato ilícito diante da ausência de semelhanças, bem como diante da ausência de violação de um dever jurídico no ato abusivo, e da dispensa da presença da culpa e da ocorrência de dano.

Por entender que o abuso do direito possui autonomia dogmática perante o ato ilícito, vimos que o seu conceito em nada se relaciona com a culpa e que as suas consequências estão para além da responsabilidade civil. O reconhecimento do abuso dispensa a ocorrência de dano, pressuposto indissociável do dever de indenizar.

As consequências ou sanções do ato abusivo podem ser desde a nulidade do ato até a paralisação do exercício do direito, passando pela restituição das partes ao *status quo ante* da ocorrência do abuso.

Considerando que à toda norma jurídica corresponde um valor, a distinção do ato abusivo e do ato ilícito está demonstrada na própria caracterização do primeiro: o ato abusivo se identifica pela contrariedade entre o preenchimento da estrutura formal da prerrogativa em questão e o valor que juridicamente fundamenta o sentido teleológico desta mesma prerrogativa, ou seja, pela contrariedade que se revela na concretude do comportamento entre forma ou estrutura e a axiologia de determinada prerrogativa jurídica.

Mascarado pela aparência, uma vez que o respeito aos limites formais da norma está presente, no entanto, o sujeito viola o íntimo sentido ou valor que materialmente preside e informa a norma. Assim, é abusivo o excesso

sobre os limites axiológicos de qualquer prerrogativa jurídica. É abusiva a violação do fundamento valorativo da prerrogativa.

Restou demonstrado que em razão de uma nova concepção de ilicitude civil, o ato abusivo deixa de ser um apêndice do ato ilícito para tornar-se um protagonista dos tempos atuais, caracterizando aqueles comportamentos que coadunam-se com o texto legal, mas que, de forma transversa, infringem os valores, os fundamentos, a razão de ser da norma jurídica. Este afrontamento viola o sistema jurídico propriamente dito.

Enquanto o ato ilícito identifica-se pelo comportamento frontalmente contrário à norma, cuja identificação não demanda grandes esforços e para o qual a produção de dano se faz *mister*, para a identificação do ato abusivo, perquirir-se-á a ofensa valorativa ao fundamento daquela prerrogativa.

Uma vez identificada, ainda que inexistente o dano, o ato abusivo restará caracterizado. Mesmo que não tenha nascido o dever de indenizar, pois, repita-se, ausente o dano, haverá consequências para o titular do direito, ou melhor, da prerrogativa jurídica, que poderão variar, como visto, desde a paralisação do direito até a cominação de nulidade do ato, com o retorno das partes ao *status quo ante*.

A doutrina tem a incumbência de buscar novas concepções acerca dos institutos do direito privado, que sejam capazes de acompanhar a evolução dos tempos e das relações sociais.

A relativização dos direitos, que, inclusive, não é uma realidade exclusiva do ordenamento jurídico brasileiro, vem atualmente acompanhada de desafios aos magistrados que precisam ser dotados de instrumentos capazes de permitir e fomentar que as suas decisões sejam proferidas com segurança e adequação.

O instituto do abuso do direito permite, com o uso das balizas estabelecidas no artigo 187 do Código Civil, a construção de soluções para os litígios através de novas perspectivas, seja quanto à interpretação das relações jurídicas, seja quanto aos seus efeitos e alcance. Mas enquanto julgadores devemos estar atentos para que as balizas sejam utilizadas de maneira fundamentada, sem que sejam usadas de forma vaga, sob pena de levar o instituto ao vazio da falta de justificativas.



Os magistrados, assim, deverão se valer de prudente arbítrio, a fim de interpretar os negócios jurídicos, ou limitar e corrigir o exercício de posições jurídicas, valendo-se, para tanto, dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Com isso, afastar-se-á qualquer crítica no sentido de que a teoria do abuso do direito representa insegurança para as relações jurídicas. Repita-se que as prerrogativas jurídicas não estão subordinadas à qualquer arbítrio do juiz, mas apenas condicionadas por limites ou balizas apontados pela própria lei. Estas balizas servem para que o conteúdo das decisões seja aprimorado, também, por valores que informam o sistema como um todo, bem como cada um dos direitos envolvidos na lide a solucionar.

Caberá ao julgador apontar, em cada caso, qual a ação que torna evidente a presença do abuso, atuando, com isso, de forma concreta, permitindo afastar a generalização e a ausência de fundamentação apropriada e específica.

A teoria do abuso do direito é um instrumento para se trabalhar com a denominada incompletude do sistema. No entanto, é preciso muita atenção para que não se depositem nas suas balizas, especialmente na boa-fé, todas as esperanças de solução dos mais variados tipos de litígios, sob pena de fazer dela um conceito vazio e sem utilidade, na medida em que banalizada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. 2ª ed. revisada e ampliada. São Paulo: Noeses, 2014.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo,, n. 775, p. 18-31, mai. 2000..

ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. *Do abuso do direito*: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Livraria Almedina, 1983.

ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de código civil brasileiro* (subsídios históricos para o novo código civil brasileiro). 2 ed..São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito Civil*: Introdução. 6ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2ª edição. São Paulo: Casa Vanorden, 1923.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil e direito do consumidor. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 53, p. 9-27, mar. 2008.

\_\_\_\_\_. *O direito*: introdução e teoria geral. Coimbra: Almeida, 2006.

\_\_\_\_\_. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord). *Novo Código Civil*: Questões Controvertidas no Direito das Obrigações e dos Contratos. São Paulo: Método, 2005, p. 60-82.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 19., 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Abuso do Direito. *Revista trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 13, jan./mar. 2003.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921. V. 1.

BOBBIO, Norberto. Em direção a uma teoria funcionalista do direito. In: *Da estrutura à função*: novos estudos da teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e Direito Civil: tendências. *Revistas dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v. 779, p. 47-63, 2000.

CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 61-109.

CARPENA, Heloisa. Afinal quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. *RTDC*, v. 19, p. 29/48, jul./set. 2004.

\_\_\_\_\_. Abuso do direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). *A parte geral do novo civil estudos na perspectiva civil-constitucional.*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 367-385.

\_\_\_\_\_. *Abuso do Direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARVALHO NETO, Inacio. *Abuso do Direito*. Curitiba: Juruá, 2001.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995.

\_\_\_\_\_. *Questão-de-facto-questão de direito ou problema metodológico da juridicidade*: ensaio de uma reposição crítica: A crise. Coimbra: Almedina, 1967. V. 1.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. Ed. Coimbra: Almedina, 2009.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JOSSERAND, Louis. Relatividad y abuso de los derechos. In: *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Bogotá: Ed. Temis, 1982, p. 1-29.

LEITÃO, Adelaide Meneses. *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*. Coimbra: Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_. *Estudos de direito privado sobre a cláusula geral de concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 2000.

LIMA, Alvino. Abuso de Direito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 166, ano 53, Jp. 25-51, jun./ago.1956.

LOBO, Paulo Luis Netto. *Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. In: Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos. São Paulo: Método, 2005.

LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito, *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 885, p. 49-68, jul. 2009.

LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MACHADO, João Baptista. A cláusula do razoável. In: *Obra dispersa*. Scientia Jurídica. Braga, 1991, p. 457/621. V. 1.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

\_\_\_\_\_. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org). *Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 57-95.

\_\_\_\_\_. A ilicitude derivada do exercício do contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium. *Revista da AJURIS*, 97/143-169. Porto Alegre: AJURIS, mar. 2005.

\_\_\_\_\_. Breves Anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil (Estruturas e Rupturas em Torno do art. 187). *Doutrina ADCOAS*, n. 10, v. 6, p. 309-310, out. 2003.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MENDES, João de Castro. *Direito civil - Teoria Geral*, lições de 1972-1973, com a colaboração de Armindo Ribeiro Mendes. Ed. Polic, 1979. V. 2.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil. Parte Geral: negócio jurídico*. Lisboa: Almedina, 2014. V. 2.

\_\_\_\_\_. O costume e os usos no século XXI. In: *ARS Iudicandi: estudos em homenagem ao prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra, 2012, p. 13-44. V. 5.

\_\_\_\_\_. Do abuso do direito : estado das questões e perspectivas. In: *ARS Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Coimbra, 2010, p. 125-176. V. 2.

\_\_\_\_\_. Boa fé, abuso do direito e materialidade do sistema: acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa 16 de Maio 2006. In: *O direito / propr.* nº 4. Juridireito: Lisboa, 2006, p. 895-913.

. \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Civil Português*. I. Parte Geral. Tomo IV. Coimbra: Almedina, 2005.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito civil português*. Parte geral: introdução: doutrina geral: negócio jurídico. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. V. 1. Tomo I.

\_\_\_\_\_. *Da boa fé no direito civil*. Lisboa: Almedina, 1983.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato; novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003. V. 1.

\_\_\_\_\_. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais* (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. V. 1.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

\_\_\_\_\_. *Perfis do direito civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PESSOA JORGE, Fernando. Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil. *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, n. 8, p. 191 et seq., 1968.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Contornos da abusividade e sua recepção pelo direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 396, p. 219-232, mar./abr. 2008.

\_\_\_\_\_. O abuso do direito e as relações contratuais. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 289 et seq.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, Tomo II, BENS E FATOS JURÍDICOS. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012.

REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. História do Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1, 2005. Disponível também em: <[www.miguelreale.com.br](http://www.miguelreale.com.br)>. Acesso em: 1 de março de 2016.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. A boa-fé como norma de validade. In: *ARS Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Coimbra, 2010, p. 667-732. V. 2.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução da Terceira Edição Francesa por Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000.

RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ROSENVALD, Nelson, FARIAS, Cristiano Chaves de, BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil*. Responsabilidade Civil. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2015. V. 3.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Reimp. ed. 1973. - Coimbra : Almedina, 1997.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. *Programa de Direito Civil: Teoria Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 33. V. 3.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado / org. António Pinto Monteiro, Jörg Neuner, Ingo Wolfgang Sarlet*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 111/ 144.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHREIBER, Anderson. *A PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO*. Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 8. ed, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. V. 1.

SERRA, VAZ. Abuso do Direito (em matéria de responsabilidade civil). *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 85, p. 243 et seq, 1959.

SESSAREGO, Carlos Fernandez. *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Astrea. 1992.

SOUZA, Eduardo Nunes. Abuso do Direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, v. 50, p. 35-91, abr./jun. 2012.

TALAMANCA, Mario. La Bona fides nei Giuristi Romani – “Leeformeln” e Valori dell’Ordinamento. *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell’Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea* – Atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore Alberto Burdese. Padova: Cedam, 2004, p. 1-313. V. 4.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões* – noções fundamentais. 6º edição. Lisboa: Coimbra Editora, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. Comentários ao Código Civil: direito das coisas. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (coord), Volume XIV. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a função social dos contratos. In: *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 199-215.

\_\_\_\_\_. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1-22

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Parte Geral e Obrigações, Rio de Janeiro: Renovar, 2004. V. 1.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991. V. 1.

\_\_\_\_\_. O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro*, Rio de Janeiro, v. 1, p.37-59, 1982.

VASCONCELOS, Pedro Pais. O abuso de direito – um estudo de direito civil. *Revista do CEJ*, Lisboa, n. 1, p. 33-56, 1º semestre (2015). .

WESENDONCK, Tula. Transformações no sistema de licitude no Código Civil de 2002. *Ajuris*, 116, v. 36, p. 291-320, 2009.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1980.

\_\_\_\_\_. *El principio general de la buena fe*. Trad. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1976.



## ANEXO

### JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

#### SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ - DJ 19/05/1997, p. 20601 – abuso do direito e ato judicial - RMS 6.744-SP

STJ - DJ 26/05/1997, p. 22543 – ato ilícito - REsp 51.813-RO

STJ - DJ 17/11/1997, p. 59540 - ato ilícito - AgRg no Ag 147.630-SP

STJ - DJ 28/06/1999, p. 118 - ato ilícito - REsp 164.391-RJ

STJ - DJ 21/06/1999, p. 167 – protesto de duplicata sem lastro - REsp 203.755-MG

STJ - DJ 23/08/1999, p. 93 – sociedade e representação - REsp 109.163-PR

STJ – DJ 12/04/1999 – ato ilícito – REsp 158.051

STJ - DJ 03-03-2000, p. 80 - abuso do direito e direito de recorrer - Emb. Decl. em Agr. Reg. em RE 244.893-PR

STJ - DJ 18/12/2000, p. 203 –abuso do direito e direito bancário - REsp 250.523-SP

STJ – DJ 06/05/2002 – renovatória e exercício regular do direito – REsp 286.321.

STJ - DJ 01/07/2002, p. 257 - retomada de bem imóvel e abuso do direito - EDcl no AgRg no Ag 418.205-SP

STJ - DJ 11/11/2002, p. 263 –abuso do direito e direito de retomada do bem locado - REsp 407.160-AM

STJ - DJ 15/12/2003, p. 314 –abuso do direito e extinção de condomínio - REsp 367.665-SP

STJ - DJ 20/10/2003, p. 270 –ato ilícito e desconto de duplicata - REsp 456.088-GO

STJ – DJ 10/03/2003 –abuso do direito e imunidade de advogado – REsp 438.734

STJ - DJ 23/08/2004, p. 236 –abuso do direito e direito bancário - REsp 621.577-RO

STJ - DJ 04/10/2004, p. 297 –ato ilícito e direito bancário - REsp 650.793-PE

STJ - DJ 04/04/2005, p. 298 - quebra de sigilo bancário e ato ilícito - REsp 268.694-SP

STJ – DJ 08/03/2004, p. 219 - exercício regular do direito e co-propriedade - REsp.931 - SP

STJ - DJ 12/09/2005, p. 321 - colisão de interesses - REsp 613.374-MG

STJ - DJ 07/11/2005, p. 73 - abuso do direito e condomínio - EREsp 622.472-RJ

STJ - DJ 01/02/2006, p. 567) - colisão de direitos - REsp 719.592-AL

STJ - DJ 19/06/2006, p. 123 - abuso do direito e consumidor - REsp 811.690-RR

STJ - DJ 04/09/2006, p. 270 - abuso do direito e direito de vizinhança - REsp 816.453-PR

STJ - DJ 30/11/2006, p. 280 – mandado de segurança e ato judicial - REsp 21404 - RJ

STJ – DJ 07/05/2007, p. 327 - ato ilícito e responsabilidade civil - REsp 400.983-RO

STJ – DJ 03/09/2007, p. 184 – exercício regular do direito - AgRg no Ag 774.366-DF

STJ – DJ 18/12/2007, p. 143 –ato ilícito e plano de saúde – REsp 993.876 - DF

STJ - DJe 26/03/2008 - *venire contra factum proprium* e anulação de débito fiscal- AgRg no REsp 396.489-PR

STJ - DJe 12/05/2008 –abuso do direito e direito processual civil - REsp 901.497-AM

STJ - DJe 15/05/2008 – exercício regular do direito - AgRg no Ag 616.606-RJ

STJ - DJe 23/09/2008 – constrangimento ilegal – REsp 856.360 - AC

STJ - DJe 16/09/2008 –abuso do direito e direito de vizinhança - REsp 935.474-RJ

STJ - DJe 12/02/2009 – *suppressio* - REsp 1.096.639-DF

STJ – DJe 26/02/2009 – abuso do direito e suspensão de plano de saúde - REsp 285.618-SP

STJ - DJe 17/09/2009 – abuso do direito e direito autoral - REsp 983.357-RJ

STJ - DJe 22/02/2010 - abuso do direito e concurso público - RMS 27.566-CE

STJ - DJe 09/04/2010 – *venire contra factum proprium* e direito fiscal - REsp 1.143.216-RS

STJ - DJe 31/08/2011- *venire contra factum proprium* e registro de paternidade - REsp 1.087.163-RJ

STJ - DJe 05/09/2011- abuso do direito e exercício de mandato eletivo - REsp 1.229.779-MG

STJ - DJe 15/03/2012 – ato ilícito - REsp 1.076.011-DF

STJ - DJe 10/05/2012 – ato ilícito - REsp 901.548-RS

STJ - DJe 30/10/2012 – ato ilícito - REsp 1.114.889-DF

STJ - DJe 12/03/2013 – ato ilícito - REsp 801.109-DF

STJ - DJe 03/08/2012 – ato ilícito - REsp 1.267.995-PB

STJ - DJe 21/08/2012 –abuso do direito e direito de propriedade - REsp 1.200.112-RJ

STJ – DJe 13/08/2013 - abuso do direito e direito bancário - REsp 1.277.762-SP

STJ - DJe 15/10/2013 – exercício regular do direito - REsp 1.399.762-PR

STJ - DJe 17/03/2014 - ato ilícito - REsp 1.245.712-MT

STJ - DJe 17/06/2014 – fraude à execução - REsp 1.364.509-RS

STJ - DJe 29/10/2014 - abuso do direito e direito empresarial -REsp 1.433.652-RJ

STJ - DJe 21/10/2014 - abuso do direito e encerramento de curso superior - REsp 1.341.135-SP

STJ - DJe 17/11/2014 –abuso do direito e “credit scoring” - REsp 1.419.697-RS

STJ - DJe 23/02/2015 – ato ilícito - AgRg no AREsp 520.750-SP

STJ - DJe 18/02/2015 –exercício regular do direito e autonomia universitária - REsp 1.155.866-RS

STJ - DJe 20/05/2015 – abuso do direito e execução de contrato de consumo - REsp 1.518.085-RS

STJ - DJe 01/07/2015 –ato ilícito e greve de servidor público - MS 18.162-DF

STJ - DJe 03/09/2015 – ato ilícito - AgRg no AREsp 648.285-DF

STJ - DJe 14/12/2015 –abuso do direito e boa-fé - REsp 1.537.898-RJ  
STJ - DJe 01/02/2016 – ato ilícito - REsp 1.504.833-SP  
STJ - DJe 23/06/2016 – fraude à lei - AgRg nos EDcl no REsp 1.494.394-SP  
STJ - DJe 07/10/2016 –abuso do direito e locação em shopping center -  
AgRg no AREsp 755.572-SP  
STJ - DJe 25/10/2016 – colisão de interesses - REsp 1.467.888-GO  
STJ - DJe 14/12/2016 – ato ilícito - REsp 1.485.717-SP  
STJ - DJe 16/03/2017 – abuso do direito e rescisão unilateral - REsp  
1.555.202-SP  
STJ – DJe 21/02/2017 - ato ilícito - AgRg no REsp 1.533.684-SP  
STJ - DJe 18/08/2017 – ato ilícito - REsp 1.594.865-RJ  
STJ - DJe 01/08/2017 – ato ilícito - AgRg no AREsp 835.326-SP  
STJ - DJe 21/09/2017 –abuso do direito e direito de propriedade - REsp  
1.309.800-AM  
STJ - DJe 02/10/2017 –ato ilícito e matéria jornalística - REsp 1.652.588-SP  
STJ - DJe 23/11/2017 – ato ilícito - AgInt no REsp 1.636.070-CE  
STJ - DJe 19/10/2017 – ato ilícito - REsp 1.637.880-SP  
STJ - DJe 31/10/2017 – colisão de direitos - REsp 1.631.329-RJ  
STJ - DJe 02/02/2018 – ato ilícito - AgInt no REsp 1.541.406-PR  
STJ - DJe 22/11/2017 –abuso do direito e direito à privacidade - AgInt no  
REsp 1.406.120-SP  
STJ - DJe 04/12/2017 –abuso do direito e cláusula contratual - AgInt no  
AREsp 1.027.818-SP